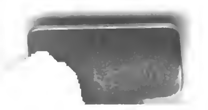


<36624744690010



Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

V. Bayer,

Oberhofgerichtsrath in Mannheim;

unter Mitwirkung

von

Dr. **Zentner**, Oberhofgerichtsrath in Mannheim, Dr. **Ant. Mayer**, Hofrath und Professor in Freiburg, **Stempf**, Hofgerichtsrath in Mannheim und **Haager**, Hofgerichtsrath in Freiburg.

Fünfzehnter Jahrgang.

Karlsruhe,

Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.

1847.



Register

zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte von 1847.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Register

zu dem Beiblatte der Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte von 1847.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 1.** Karlsruhe, den 2. Januar 1847.

I.

Steht im Beschuldigungsprocesse dem Beschuldiger gegen das über den Strafpunkt erlassene Erkenntniß ein Rechtsmittel zu?

Diese Frage wurde von dem Großherzoglichen Hochpreislichen Oberhofgerichte in zwei mir bekannt gewordenen Fällen verneint, nämlich:

1) In Anklagesachen des Mainrad Winterhalter von Ebringen gegen Joseph Ehret von Uffhausen wegen Meineids. — Hier wurde der gegen das Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 1. Juli 1841 Nr. 2738, wodurch der Angeklagte klagfrei erklärt und der Ankläger in die Kosten verfällt wurde, ergriffene Rechtsrecurs des Anklägers Winterhalter durch hohen Erlaß des Großherzoglichen Oberhofgerichts vom 11. September 1841 Nr. 3776 mit folgender Motivirung als unstatthaft verworfen:

> „da nach §. 22 des Strafedicts und nach dem Recursgesetz vom 3. August 1837 nur dem Staatsanwalte ein Recurs im öffentlichen Interesse gestattet ist, findet die Recursbeschwerde nicht statt."

2) In Anklagesachen des Michael Faller und Consorten von Feldkirch, Ankläger-Recurrenten, gegen die Wittwe des Joseph Faller, Theresia geborne Freund von dort, angeklagte Recursin wegen Meineids.

Hier wurde der gegen die Verfügung des Großherzoglichen Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 30. Januar 1846 Nr. 407, wodurch eine Bitte der Ankläger auf den Grund neuer Beweismittel die Untersuchung gegen die Angeklagte neuerlich einzuleiten und ein Straferkenntniß zu fällen, abgewiesen wurde, von den Anklägern ergriffene Recurs durch Erkenntniß des Großherzoglichen Oberhofgerichts vom 12. August 1846 Nr. 3595 unter folgender Begründung verworfen:

> „da nach §. 22 des Strafedicts, welcher durch das Recursgesetz vom 3. August 1837 nicht abgeändert worden ist, den Beschuldigern kein Rechtsmittel gegen das über den Strafpunkt erlassene Erkenntniß eingeräumt ist, wird der ergriffene Recurs als unstatthaft verworfen *)."

Ich halte die Unstatthafterklärung dieser Recurse nicht für richtig und erlaube mir meine gegentheilige Ansicht folgendermaßen ehrerbietigst zu begründen.

I. Der höchste Gerichtshof hat in seinen Entscheidungsgründen zu beiden obigen Fällen anerkannt, daß der §. 22 des Strafedicts durch das spätere Recursgesetz nicht aufgehoben worden sei, daß somit beide Gesetze neben einander bestehen können und sollen. Es kommt daher vorerst auf die Frage an:

> „Ob durch den §. 22 des Strafedicts dem Beschuldiger die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen richterliche über den Strafpunkt erlassene Erkenntnisse untersagt sei?" Ich verneine dieses.

Diese Gesetzesstelle hat nach Wortlaut und Sinn mit Erörterung der Erkenntnisse rücksichtlich des Strafpunkts gar nichts zu schaffen, sondern berührt lediglich und ausschließend nur die Procedur über die civilrechtlichen Ansprüche des Beleidigten (Angeklagten, Beschuldigten) an den Beschuldiger und das Rechtsmittel, welches bei-

---

*) Vertheidigt ist diese Ansicht von A. Mayer in den Blättern für Justiz, II. 408.
Eine Erwiderung darauf findet sich in den Annalen IX. 271 u. 332. D. R.

den Theilen gegen ein richterlich — nach §. 19 des Strafedicts über Schadensersatz — erlassenes Erkenntniß zusteht *).

Wenn nämlich der Beleidigte mit dem ihm schon im Straferkenntnisse zuerkannten Schadensersatz nicht zufrieden ist, so kann er nach dem allegirten §. 22 ein Separaterkenntniß verlangen, d. h. er kann seine civilrechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz durch eine besondere Klage vor dem competenten Civilrichter geltend machen, gegen dessen Erkenntniß ihm dann, wenn die Appellationssumme vorhanden ist, die Appellation an das Obergericht unbedingt zusteht.

Dieses ist auch längst zur Gerichtspraxis geworden, indem mit Erlassung des Strafurtheils nur im Allgemeinen über die Ersatzpflicht (an ?) gesprochen und die eigentlichen Aussprüche über die Quote der Entschädigung dem Beleidigten jeweils, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, nach L. R. S. 1382 ff. in einer besondern Civilverhandlung vorbehalten werden.

Ein gleiches Recht der Appellation wird aber in §. 22 auch dem Beschuldiger gegen das ihn gravirende Erkenntniß über Schadensersatz zugestanden, jedoch nur bedingt; er darf nämlich keinen Beschwerdepunkt darin suchen, daß nach seiner Meinung der Beschuldigte zu gering gestraft worden **).

Diese gesetzliche Restriction hat, meines Dafürhaltens, ihren Grund darin, weil hier ja nur und allein von dem, aus der stattgehabten Beschuldigung resultirenden Civilpunkt, wie gedachter §. 22 ausdrücklich besagt, die Rede ist und auf das über den Strafpunkt erlassene Urtheil, so wie auf die beiden Theilen gegen dieses Straferkenntniß etwa zustehenden Recursrechte schlechthin kein Einfluß mehr ausgeübt werden will.

Da also der angerufene §. 22. nur sagt, daß dem Ankläger aus dem Grunde „weil er das gegen den Angeklagten erlassene Straferkenntniß zu gering haltet" kein Rechtsmittel gegen das ihn zum Schadensersatz an den Beleidigten, im Civilrechtswege verurtheilende Erkenntniß zusteht, so ist damit nicht zugleich auch ausgesprochen, daß derselbe gegen das erlassene Straferkenntniß selbst kein Rechtsmittel ergreifen dürfe.

Wollte man aber auch zugeben, daß dieser Paragraph dem Ankläger kein Recursrecht gegen ein über den Strafpunkt erlassenes Urtheil gestatte, so wäre solches wieder nur auf den ausdrücklich benannten einzelnen Fall beschränkt, wenn er den Recurs bloß deßwegen ausführen wollte „weil er den Angeklagten zu gering gestraft halte", und andere erhebliche Rechtsgründe sind somit zur Begründung des Recurses nicht ausgeschlossen. Ich setze den Fall: A hat dem B in einem Civilstreite einen Eid zugeschoben, dieser solchen angenommen und geschworen und in Folge dessen A den Proceß verloren. Nun beschuldigt A den B der Leistung eines falschen Eides und tritt als Ankläger gegen letztern auf; allein seine Beschuldigung wird von dem Richter entweder nicht berücksichtigt und keine Untersuchung eingeleitet, oder aber nach stattgehabter Untersuchung der Angeschuldigte klagfrei gesprochen.

Gegen derartige strafrichterliche Erkenntnisse wird nun unzweifelhaft, selbst nach gedachtem §. 22 dem Anschuldiger an den höhern Richter ein Rechtsmittel zustehen, wenn er ausführt, daß er nicht deßwegen mit dem Erkenntnisse nicht zufrieden sei, weil er den Angeschuldigten zu gering gestraft halte", denn es ist hier ja noch gar keine Strafe erkannt, sondern bloß aus dem gewichtigen Grunde, „weil der Angeschuldigte des Meineids nicht für schuldig erkannt wurde", denn er will in seinem Privatinteresse nur die Schuldigerkärung verlangen, weil er sofort, hierauf gestützt, eine Restitutionsklage in seinem verlornen Civilprocesse, voraussichtlich mit gutem Erfolge, gegen den des Meineids für schuldig erklärten B anstellen kann †). Ob dieser dann wegen Meineids gering oder schwer bestraft worden, ist dem Anschuldiger gleichgültig, diese Frage überläßt er lediglich dem öffentlichen Rechte, welchem der Strafrichter Rechnung zu tragen hat.

Betrachtet man sodann den §. 8 des Strafedicts, welcher ausschließlich von den Rechten und Pflichten des Beschuldigers in Bezug auf die strafrechtliche Procedur han-

*) Vergl. Annalen VIII. 89. D. R.

**) Siehe auch Annalen VIII. 222. D. R.

†) Der nämliche Gedanke ist veranschaulicht in den Annalen IX. 171. D. R.

delt, so hat der Beschuldiger das Recht, gegen Jemanden aus eigenem leidenschaftlichen Interesse eine gerichtliche Untersuchung zu verlangen, ohne daß noch der Thatbestand des Verbrechens hergestellt und gegen den Beschuldigten dem Richter zureichender Verdacht für eine Untersuchung erwiesen und ohne daß der Richter für sich schon (ex officio) veranlaßt ist, eine Untersuchung einzuleiten.

In diesem Falle nimmt der Beschuldiger alle Pflichten und Gefahr eines Anklägers auf sich, d. h. er muß gewärtig sein, daß seine erhobene Anklage nicht als bewiesen angesehen und er deßhalb nicht nur in die Kosten der Untersuchung, sondern nach Umständen zum Schadensersatz an den Beschuldigten verurtheilt werde, und daß sofort dieser mit einer Klage wegen Ehrenkränkung oder Verläumdung gegen ihn auftrete.

Zu den Rechten, welche dem Beschuldiger während dem Laufe der Untersuchung zur Seite stehen, gehören dann, nach dem allegirten §. 8, daß er zur Eröffnung des mit dem Angeschuldigten vorgenommenen Verhörs, zur Erhebung und Publication der Kundschaften, so wie zum Schlußverhör beigeladen und vernommen werden muß, ob und was er noch zur Ueberweisung des Beschuldigten oder zur Rechtfertigung seiner Beschuldigung anzubringen wisse.

Auch hier ist nirgends gesagt, daß der Ankläger kein Rechtsmittel gegen das etwa zu seinem Nachtheile erlassen werdende Straferkenntniß ergreifen dürfe, denn dieser Paragraph handelt lediglich nur von dem, was Rechtens ist während dem Laufe der Untersuchung und berührt das noch zu erlassende Strafurtheil und die den Parteien dagegen zustehenden Rechtsmittel gar nicht.

Aus dieser gesetzlichen Bestimmung geht deutlich hervor, daß der Anschuldigungsproceß von seinem Anfange bis zum rechtskräftigen Straferkenntnisse schlechthin als reine Privatsache zwischen dem Ankläger und Angeklagten zu behandeln sei und nur die Procedur nicht in ein Wechselverfahren, wie in bürgerlichen Streitigkeiten, ausarten darf, sondern der Gang des Untersuchungsverfahrens eingehalten werden muß.

Diese Proceßart erscheint als erlaubte Ausnahme von dem gemeinen deutschen Untersuchungsverfahren und gestattet dem als Ankläger auftretenden Privaten das Recht der Berufung an den höhern Richter (vid. Rechtslexicon 1842 pag. 262, Ziff. 8 über den Artikel „Anklage", wo es heißt:

„Gegen die Abweisung der Anklage, so wie das seinen (des Anklägers) Anträgen nicht entsprechende Urtheil steht dem Ankläger das Recht der Berufung an den höhern Richter zu."

Und diese Berechtigung ist auch das unterscheidende Merkmal gegenüber einem bloßen Denuncianten, der kein Recht an der Theilnahme an der Untersuchung, als ihm von dem Richter eingeräumt wird, und kein Recht der Appellation hat.

Jedes Gesetz muß auf einer vernünftigen Basis beruhen und Rechtsgleichheit ist unzweifelhaft die erste vernünftige Anforderung in einem Processe, wo sich die Parteien, wie in dem Anschuldigungsprocesse, leidenschaftlich entgegenstehen. Wäre es nun dem Anschuldiger nicht gestattet, gegen ein Straferkenntniß, welches zu seinem Nachtheile erlassen worden, ein Rechtsmittel an den höhern Richter zu ergreifen, so würde er, wie schon oben angedeutet, in die schwere Lage versetzt sein, nicht nur die Kosten des Untersuchungsverfahrens zu tragen, sondern noch mit einer Entschädigungsforderung, ja, nach Umständen, mit einer Anklage wegen Ehrenkränkung oder Verläumdung belangt zu werden, welche schlimmen Folgen alle er durch ein Rechtsmittel gegen das Straferkenntniß vielleicht abzuwenden und ein für sich günstiges Urtheil zu erzielen im Stande gewesen wäre.

Unzweifelhaft steht einem Beschuldiger, welcher aus seinem verlornen Beschuldigungsprocesse auf Entschädigung im Civilrechtswege belangt wird, und eben so gegen das ihm mißfällige Straferkenntniß, welches der Beschuldigte in Folge des gewonnenen Anschuldigungsprocesses im Wege der Anklage wegen Ehrenkränkung oder Verläumdung gegen ihn erwirkt hat, eine Berufung an den obern Richter zu, und doch sind dieses nur untergeordnete Verhältnisse, welche die Hauptsache, nämlich das Strafurtheil in dem vorausgegangenen Beschuldigungsprocesse erzeugt hat und es wäre somit eine offenbar schreiende Inconsequenz, wenn einer der Parteien in der Hauptsache weniger Rechte eingeräumt würden, als ihr in den hieraus resultirenden Nebendingen zustehen.

Diese Rechtsansichten werden von ältern Rechtsleh-

rern ebenfalls getheilt, welche die in dem Commentar über die peinliche Halsgerichtsordnung zu Art. XII. unter Ziff. 16 der Observata aufgeworfene Frage: „ob die Appellation in Criminalsachen im ganzen römischen Reiche durchgehend abrogirt und verbotten sey?" von pag. 42—46 ihrer Beurtheilung unterworfen haben.

Pag. 44 wird gesagt:

„Für das fünfte hat nichts zu bedeuten, daß die Appellation und weitere Suchung allda im 12. Articull ausdrücklich verboten in dem Fall, wo der peinliche Ankläger vertilget und hernach im Burgerlichen-Rechten zur Satisfaction, Abtrag der Schmach, Schäden und Unkosten verfällt wird, dann daraus nicht folget, daß die Appellation auch in der Haupt- oder Criminalsach selbsten abgestellt ist, zumalen beyde Sachen toto calo von einander unterschieden, wie von sich selbsten klar, a separatis autem et diversis non fit bona illativ! — So ligt auch von selbsten am hellen Tage, daß an der Criminalsach vielmehr gelegen als an der Civilsach. — Zudem so der peinliche Ankläger in der Criminalsach für verlustiget erkennt worden und darüber nicht appellirt, hat er sich in puncto injuriae et expensarum tanquam in accessorio guten Theils schon selbst schuldig gegeben rc. —"

Das Princip der Rechtsgleichheit in Parteisachen, wozu wie gesagt der Beschuldigungs- oder Anklageproceß gehört, ist ferner in den hierher bezüglichen Strafgesetzen über Preßvergehen und Ehrenkränkungen auf die humanste Weise ausgesprochen. So ist in §. 97 des Preßgesetzes vom 28. December 1831 dem Ankläger und dem Angeklagten die Appellation gegen das hofgerichtliche Urtheil an das Großherzogliche Oberhofgericht, und in §. 86 gegen das Erkenntniß des Untersuchungsrichters an das Großherzogliche Hofgericht gestattet, was auch in §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes der Fall ist.

II. Was nun den zweiten Entscheidungsgrund des Großherzoglichen Oberhofgerichts, nämlich

„daß in Strafsachen nur dem Staatsanwalte das Recursrecht zustehe,"

anbelangt, so halte ich solchen nur in jenen Strafsachen für richtig, wo der Untersuchungsrichter ex officio die Untersuchung eines in Frage gekommenen Verbrechens einzuleiten und der Staatsanwalt im Interesse des öffentlichen Rechts den Gang des Untersuchungsverfahrens und des Straferkenntnisses zu überwachen hat; nicht aber auch dann, wenn einmal Parteien leidenschaftlich und aus besondern Privatinteressen einander entgegen stehen, wie dieses im Anschuldigungsproceß und in der Anklage wegen erlittener Ehrenkränkung und Verläumdung (denn auch letztere Klage beruht ja zunächst auf Privatanschuldigung) der Fall ist.

Diese Ansicht glaube ich auch in den Bestimmungen des Preßgesetzes zu finden, wo in §. 60 verordnet wird, daß der Staatsanwalt, wenn er die Klage nicht erhoben hat, in der Gerichtssitzung nur im Interesse des Gesetzes (öffentliches Recht) gehört werden muß; und §. 77 dem Staatsanwalte nur in dem Falle die Appellation an das Großherzogliche Oberhofgericht gestattet, wenn er die Klage erhob.

Wenn sodann §. 7 des Recursgesetzes sagt,

„daß der Staatsanwalt allen Sitzungen des Hofgerichts, in welchen Strafsachen zur Aburtheilung kommen, beizuwohnen habe und er gegen hofgerichtliche Erkenntnisse den Recurs an das Großherzogliche Oberhofgericht ausführen könne,"

so ist damit nicht gesagt, daß nur er allein und nicht auch andere Personen aus Privatinteresse ein Recursrecht ausüben dürfen, und einem Anschuldiger ist darin ein Recursrecht weder zu- noch abgesprochen. Auch ist in diesem §. 7 nur von hofgerichtlichen Urtheilen die Rede, somit wieder nicht gesagt, daß dem Ankläger gegen untergerichtliche Erkenntnisse, womit z. B. seine Anklage verworfen und gar keine Untersuchung hierauf eingeleitet worden, eine Berufung an das Großherzogliche Hofgericht nicht gestattet sei, so daß schlimmsten Falls doch gegen untergerichtliche Urtheile Recurse zulässig wären.

Ferner wird man zugeben müssen, daß Preß- und Ehrenkränkungssachen, in welchen nach §. 20 des Preß- und §. 1 des Ehrenkränkungsgesetzes mehrjährige gemeine Gefängnißstrafe stattfinden kann, zu den Strafsachen gehören, in welchen beiden den Privatanklägern als Partei gegen jedes richterliche Erkenntniß der Recurs zusteht, während der Großherzogliche Staatsanwalt den Sitzungen in Ehrenkränkungssachen nicht beiwohnt und die Preßvergehen nur in denjenigen Fällen zu verfolgen hat, wo nicht nach dem Gesetz über

Ehrenkränkungen und Verläumdungen nur auf die Klage des Beleidigten eingeschritten werden darf; §. 43 des Gesetzes. Der Staatsawalt soll somit in reinen Privatsachen sich ex officio nicht einmischen, sondern die Parteien mögen ihre Interessen mit gleichen Rechten gegen einander verfechten.

Sodann heißt es im §. 9 des Recursgesetzes, „daß gegen Erkenntnisse, welche auf Anzeige (was materiell mit Anklage oder Anschuldigung gleichbedeutend ist) einer Verwaltungsbehörde über Vergehen erfolgen, die ihren Wirkungskreis (also resp. eine Privat-, immerhin aber Parteisache) berühren, eben diese anklagende Verwaltungsbehörde den Recurs ergreifen kann.

Endlich ist das Princip der Rechtsgleichheit in Anklagesachen auch in der neuen Großherzoglich Badenschen Strafproceßordnung, wie nicht anders zu erwarten war, ausdrücklich anerkannt, indem in §. 138 dem Ankläger ein Recurs gegen das Enderkenntniß über den Strafpunkt ꝛc. ausdrücklich zugesteht.

Letzlich noch erlaube ich mir die Bemerkung, daß das Großherzogliche Hofgericht des Oberrheinkreises in einem mir bekannten Falle die gleiche Ansicht ausgesprochen hat *): In Anklagesachen des Konrad Adolf von Kandern gegen Kaspar Schneider von da, wegen Betrugs. Hier wurde durch hohen Erlaß vom 20. März 1846 Nr. 1172 ausgesprochen:

„da nur Derjenige, welcher nach §. 8 des Strafedicts als Beschuldiger die Einleitung einer Untersuchung verlangt hat, insoweit dieser Antrag verworfen wird, ein Recursrecht hat und da Konrad Adolf nach seiner ausdrücklichen Erklärung nicht als Beschuldiger aufgetreten ist, so wird der gegen die amtliche Verfügung vom ꝛc. ergriffene Recurs als unstatthaft verworfen.

P. Jäger,
Hofgerichtssecretär in Freiburg.

*) Auch das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises läßt den Recurs des Beschuldigers zu.

D. R.

II.

Welcher Behörde kommt die Entscheidung über das von einem Ehegatten gestellte Gesuch zu, eine kurze Trennung von dem andern Ehegatten wegen Uneinigkeiten in der Ehe zu gestatten?

Nachdem Landwirth Heinrich G. durch Erkenntniß des Amtes Schw. vom 16. Juli 1841 wegen Mißhandlung seiner Ehefrau polizeilich bestraft worden war, trennte sich diese von ihm wegen fortgesetzter schlechter Behandlung.

Durch Verfügung des Amtes Schw. vom 4. März 1843 wurde ihr dann gegen den Willen ihres Ehemannes gestattet, 6 Monate von demselben getrennt zu leben und in der Wohnung ihrer Mutter sich aufzuhalten: auch wurde dem Ehemanne aufgegeben, ihr eine angemessene Unterhalts-Rente zu zahlen.

Durch amtliche Verfügung vom 19. August 1843 wurde jene Trennungsfrist bis zum 26. August 1843 erweitert und unterm 8. April 1845 die Trennungserlaubniß erneuert: ebenso unterm 29. September 1845.

Am 25. April d. J. richtete die Ehefrau des Heinrich G. neuerdings das Gesuch an das Amt auf weitere sechs Monate sich von ihrem Manne getrennt und bei ihrer Mutter aufhalten zu dürfen und bezog sich zur Begründung desselben auf ein beigelegtes Physikatszeugniß, wonach ihr krankhafter Zustand, eine Folge der während des Zusammenlebens mit ihrem Ehemanne erduldeten geistigen und körperlichen Leiden, noch immer fortdaure; sie leide nämlich an Gicht, Nervenschwäche und Kopfwehe; ihr linkes Auge habe die Sehkraft verloren und die des rechten sei sehr geschwächt, weßhalb sie die meiste Zeit im Bette zubringen müsse. Sie bedürfe der Geduld, Wartung und Nachsicht ihrer Umgebung: bei ihrem Ehemanne aber habe sie nur Streit, grobe Behandlung oder Verlassenheit zu erwarten.

Dieser verlangte dagegen ihre Rückkehr in seine Wohnung, wo er für ihre Pflege zu sorgen und friedlich und einig mit ihr zu leben versprach und wo sie bei seiner Kränklichkeit zur Beaufsichtigung des Hauswesens unentbehrlich sei.

Das Amt Schw., bei welchem unterdessen ein neuer Respicient eingetreten war, der die Ansicht hatte, die Entscheidung über das Gesuch komme dem Amte nicht

zu, legte die Acten dem Hofgerichte des Unterrheinkreises vor, welches jedoch (I. Cr. sen.) durch Verfügung vom 17. Juli 1846 dieselben dem Amte mit dem Bemerken zurückgab, daß ihm selbst das Erkenntniß über das Gesuch der Heinrich G'schen Ehefrau zukomme und zwar:

in Erwägung, daß die Hofgerichte als Eheoberpolizeibehörden zwar über Eheauflösungsgesuche zu erkennen haben;

§. 42, 43, 64 der Eheordnung,

in Erwägung aber, daß hier ein derartiges Gesuch noch nicht gestellt, vielmehr um Verlängerung einer wegen Uneinigkeiten in der Ehe zugegebenen kurzen Trennung gebeten ist;

nach Ansicht des §. 27, 59 der Eheordnung, verglichen mit §. 70 ebendaselbst, wonach dieses Gesuch um eine fürsorgliche Maßregel sich vor die Polizeibehörde eignet und in Gemäßheit des §. 17 a. der Beilage C. des Organisationsedicts vom 26. November 1809, wonach die Anordnung derartiger polizeilicher Maßnahmen in den Geschäftskreis der Aemter verwiesen ist;

in Erwägung, daß das Gesuch um Zuerkennung der zum Getrenntleben nöthigen Mittel des Unterhaltes sich wie ein Nebenpunkt zu dem Gegenstande des Hauptgesuchs verhält, mithin zur Entscheidung durch dieselbe Behörde eignet.

Das Amt Schw. verwarf sodann durch Erkenntniß vom 30. Juli d. J. das Gesuch der G'schen Ehefrau (um Gestattung der Trennung von ihrem Ehemanne auf weitere sechs Monate) — als unstatthaft, wogegen jene den Recurs an das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises einlegte, dessen Zuständigkeit jedoch von dem Anwalt des Ehemannes bestritten wurde.

Dieser Recurs wurde sodann auch von dem Gerichtshofe als hierher nicht stattfindend verworfen, in Erwägung,

daß schon in der Verfügung vom 17. Juli 1846 womit die Erledigung des Gesuchs an das Amt zurückgewiesen wurde, unter Bezugnahme auf

§. 17. a. der Beilage C. des Organisationsedicts vom 26. November 1809.

§. 27 verglichen mit §. 44, 51 der Eheordnung und die Redactionsbemerkung b. in Nr. 41 der Annalen von 1841 (p. 290)

ausgesprochen wurde, das Amt habe hier als Polizeistelle zu erkennen;

daß hiernach der Instanzenzug sich nach der Recursordnung vom 14. März 1833 (Regierungsblatt Nr. 13) zu richten hat, da in §. 6 der Beilage E. zum Organisationsedict von 1809 nur die Auflösungsgesuche an die Hofgerichte gewiesen sind, nicht aber auch die Erledigung der Recurse in Ehepolizeisachen, welche vielmehr schon in §. 70 der Eheordnung den Oberpolizeibehörden vorbehalten ist;

daß zwar in §. 41 der Eheordnung den Obergerichten die Eigenschaft als Oberpolizeibehörden in Ehesachen beigelegt wird, jedoch mit ausdrücklicher Beschränkung auf die Lösung des Ehebandes;

daß sonach der Gerichtshof die zur Erledigung des Recurses zuständige Behörde nicht ist.

Stempf.

III.

Ueber den Ersatz der Kosten in Administrativsachen.

(Regierungsblatt do 1837 Nr. 44 pag. 393.)

Die Heirathserlaubniß des Joseph Schuh von Sasbach betreffend, hat die Großherzogliche Regierung des Mittelrheinkreises auf die an sie gebrachte Beschwerde wegen des Kostenersatzes Folgendes verfügt:

„Die Verordnung vom 7. October 1837 Nr. 44 ist keineswegs so zu verstehen, daß die in die Kosten verfällte Partei der andern, welche sich eines Schriftverfassers bediente, unter allen Umständen das, was die Sporteln, Protocoll- und Ganggebühren ausgemacht haben würden, ersetzen müsse, sondern nur dahin, daß nicht mehr als dieses gefordert werden darf. Es versteht sich daher von selbst, daß, wenn die Sporteln, Protocoll- und Ganggebühren mehr betragen, als die taxordnungsmäßigen Gebühren, welche die siegende Partei ihrem Anwalt für die Schriftsätze zu zahlen hat, nur der Ersatz der letzteren gefordert werden kann, da keine Partei mehr ersetzt verlangen kann, als sie ausgelegt hat."

Diese Auslegung der Ziffer 3 der oben angeführten Ministerial-Verordnung ist meines Erachtens deßwegen

irrig, weil nach Geist und Wortfassung derselben unter allen Umständen von der siegenden Partei nicht mehr verlangt werden darf, als was die Protokollgebühren rc. betragen haben würden, die Anwaltskosten mögen sich höher belaufen, als diese, oder nicht, ohne daß also zu distinguiren wäre, welches der wohlfeilste Weg gewesen sein möchte, mit oder ohne Rechtsbeistand zu rechten.

Das Surrogat der Anwaltskosten soll im Ersatz der Sporteln, Protokoll- und Ganggebühren bestehen, welche die siegende Partei, die sich eines Anwaltes bedient hat, hätte bestreiten müssen, ohne Rücksicht auf die Größe ihres Betrages. Der Grundsatz, daß keine Partei mehr ersetzt verlangen könne, als was sie selbst ausgelegt habe, greift aber gerade da, wo es sich nach obiger Verordnung um Ersatz der Proceßkosten handelt, am allerwenigsten Platz, indem es leicht möglich ist, daß eine Partei 50 fl. Anwaltskosten zu zahlen, aber nach obigen Beschränkungen nicht einmal 25 fl. als Ersatz hiefür an den besiegten Theil fordern kann.

Adam.

IV.

Steht der weltlichen Gemeinde an den Urkunden der Kirchspielsgemeinde über den Schulhausbau ein Miteigenthumsrecht zu?

§. 79 des Schulgesetzes vom 28. August 1835.
Regierungsblatt Nr. 45 p. 327.
§. 23 des Bauedicts.
§. 783, 786. Proceßordnung.

Die Gemeinde S. wurde, als in der letzten Ordnung pflichtig, zur provisorischen Erbauung eines evangelischen Schulhauses daselbst von der Verwaltungsbehörde angewiesen und trat sodann gegen den evangelischen Kirchenfiscus mit einer Klage auf Führung des Baues deßhalb auf, weil dieser vor ihr hierzu verpflichtet sei.

Zur Erbringung der ihr hierüber auferlegten Beweise berief sich die Gemeinde auf verschiedene Urkunden im Besitze der evangelischen Kirchengemeinde, bat um deren Herausgabe und erhob eventuell eine Editionsklage, welche sie damit zu begründen suchte, daß sie (als procurator in rem suam) an der Stelle des Kirchspiels handle und daß die Urkunden zum Zweck des nöthig werdenden Beweises gegen den Kirchenfiscus gesammelt und aufbewahrt worden seien. Das Oberamt Heidelberg versagte die Ladung, von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises II. Civ. Sen. wurde diese aber erkannt und zwar aus folgenden Gründen:

Die im §. 23, 24 des Bauedikts dem Kirchspiel oder der betreffenden Schulgemeinde in letzter Ordnung zugewiesene Schulhausbaulast war nach §. 23 ebendaselbst auch schon vor Erscheinen des Schulgesetzes vom 28. Aug. 1835 (§. 79) deßhalb stets eine Verbindlichkeit der weltlichen Gemeinde, weil die dafür aufzuwendenden Kosten, wie die zur Bestreitung der Gemeindebedürfnisse überhaupt, durch Umlage auf die Gemarkung der betreffenden politischen Gemeinden gedeckt wurden *) und jetzt zu folge Staatsministerialerlasses vom 27. August 1829. Nr. 1129 durch Umlage auf das gesammte Gewerb-, Häuser-, Güter- und Gefällsteuercapital nach dem Gemeindekataster

§. 8 des Gesetzes über Gemeindeumlagen vom 28 August 1835 (Regierungsblatt Nr. 41.)

gedeckt werden.

Wenn nun aber auch vor Verkündung des Schulgesetzes die kirchliche Gemeinde befugt war, selbstständig als eine von der weltlichen Gemeinde verschiedene eigene juristische Persönlichkeit ihre Rechte gegen den in vorderer Reihe Baupflichtigen zu wahren, so hat sie doch hiedurch zugleich und hauptsächlich jeweils den Nutzen der weltlichen Gemeinde gefördert, die ja für die kirchliche, wenn diese in letzter Ordnung pflichtig war, einzustehen hatte. Die beklagte Kirchspielsgemeinde hat hiernach, wenn auch unabsichtlich, die Geschäfte der weltlichen Gemeinde geführt; jedenfalls erscheint letztere befugt, die Handlungen der beklagten Gemeinde, welche ihren — der weltlichen Gemeinde — Vortheil, wenn auch nicht zum Zwecke, doch zur Folge hatten, sich zu eigen zu machen und folgeweise kommt ihr an den Urkunden, welche bei Wahrung der Rechte gegen das evangelische Staats-Kirchenvermögen entstanden oder in den Besitz der kirchlichen Gemeinde kamen, das Miteigenthum zu.

Dieses Miteigenthumsrecht der weltlichen Gemeinde ist aber überdies auch, in so fern sich fragliche Urkunden auf das Schulhaus beziehen, begründet. Dasselbe dient nämlich nicht nur kirchlichen, sondern auch weltlichen Zwecken, in so fern die Schule nicht nur die Bestimmung hat, die Kinder in der Religion, sondern auch zu Bürgern der Gemeinde und des Staates heranzubilden. Wenn

*) S. Red. Note p. 102—104 der Nr. 14 der Annalen von 1843. J. B. n. F. VIII. p. 424—427. Stf.

aber das Schulhaus hiernach zu gemeinschaftlichen Zwecken benützt wird, so sind auch die Urkunden, welche der eine oder der andere Verein für die gemeinschaftlich benützte Sache verlangte, gemeinschaftlich; mithin erscheint das Gesuch der weltlichen Gemeinde, ihr die Mitbenützung der Urkunden zu gestatten, in §. 786, 2 Proceßordnung wohl begründet. Dieses Gesuch ist aber gegenüber der kirchlichen Gemeinde statthaft, da sich die in der Klage bezeichneten Aktenstücke sämmtlich auf deren, von ihr zu verwaltendes, Orts-Vermögen, keineswegs aber auf rein kirchliche, der Fürsorge des Pfarramts und der diesem vorgesetzten Behörden unterstellte, Gegenstände beziehen.

Stempf.

V.

Zählt bei der Frage, ob ein dritter Diebstahl vorliegt, ein früherer Raubfall gleich einem Diebstahl?

(Erwiderung auf die Redactionsnote, Jahrg. 1846. S. 356 dieser Blätter. Zugleich ein Wort über ausdehnende Erklärung der Strafgesetze nach unserem jetzigen Rechte).

Auf die sehr beachtenswerthe Gegenbemerkung der verehrlichen Redaction zu Gunsten der verneinenden Entscheidung der obigen Frage erlaube ich mir, vom Recht der Replik Gebrauche machend, Folgendes zu erwidern:

Es wurde auf der Gegenseite anerkannt, daß sich nach bestehender Gesetzgebung (nur auf diese bezieht sich die verehrliche Gegenbemerkung) ungefähr gleichviel Gründe für die Bejahung wie für die Verneinung anführen lassen, zugleich wurden aber drei Hauptgründe als für die Verneinung den Ausschlag gebend hervorgehoben. Diese drei Gründe sind nach meiner Ueberzeugung nicht zureichend, die Wagschale auf die Gegenseite herabzuziehen, wie ich durch nähere Betrachtung derselben darzuthun versuchen werde.

Erster Gegengrund: Die bisherige Praxis der Obergerichte, wornach nicht leicht ein Fall bejahender Entscheidung aufzuweisen sein werde. Auf eine Untersuchung der Grenzen des rechtlichen Gewichtes einer solchen Praxis will ich mich nicht einlassen. Da die unterstellten Fälle im Ganzen nicht sehr häufig vorkommen, und die Praxis in solchen selteneren Fällen überhaupt schwer nachzuweisen ist, so kann ich mich hier darauf beschränken, der Behauptung, daß die Praxis durchweg für die Gegenseite entschieden habe, mit der Gegenbehauptung zu bekämpfen, daß erstere Behauptung, wenn die Gründe auf beiden Seiten ungefähr gleich stehen, für die Bejahung aber im Jahr 1823 (O.H.G. Jahrbücher I. S. 318) der oberste Gerichtshof sich auf das entschiedenste, nämlich mit dem Beifügen, es bedürfe dieser klare Punkt nicht erst einer authentischen Auslegung, ausgesprochen hat, mit allem Grund bezweifelt werden darf, weil es gewiß nicht wahrscheinlich ist, daß bei dem Ansehen, das solche Aussprüche namentlich in jener Zeit minderer Regsamkeit des wissenschaftlichen Streben's unserer Gerichte zu genießen pflegten, die öffentlich ausgesprochene, in der fraglichen Zeitschrift niemals bekämpfte, Ansicht des Oberhofgerichtes gar keine Anhänger gefunden haben sollte, eine Ansicht, welcher der natürliche Rechtsinn in Uebereinstimmung mit den Aussprüchen der berühmtesten römischen Juristen (daß der raptor immerhin zugleich als fur zu betrachten ist) so mächtig das Wort redet.

Zweiter Gegengrund: Der Grundsatz, daß Strafgesetze nicht ausdehnend auszulegen sind.

Wo vollständige, abgeschlossene Strafgesetzbücher eingeführt sind, mag dieser Grundsatz sich rechtfertigen wie er denn auch fast überall angenommen wurde, vom Standpunkte des bestehenden Rechtes dagegen muß er in seiner Allgemeinheit für unrichtig erklärt werden.

Hören wir zuerst, was Tibaut in seinem berühmten Buche, Theorie der logischen Auslegung §. 21, über ausdehnende Erklärung der Strafgesetze sagt. Derselbe bemerkt dort:

Die Ausdehnung der Strafgesetze werde mit Unrecht für unzuläßig gehalten, indem die deßfalls angerufenen Gesetzesstellen, l. 42. D. de poenis, 48, 19 l. 155. D. de regul. jur. 50, 17 (interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae — in poenalibus causis benignius interpretandum est) keineswegs von der ausdehnenden Erklärung wider den Wortverstand, wenn der erwiesene Grund des Gesetzes diese Ausdehnung rechtfertigt, sondern von der milden Erklärung eines zweideutigen Gesetzes im zweifelhaftem Falle reden, die darin ausgesprochene Vorschrift aber, in ambiguo gehe der mildere Wortsinn vor, offenbar noch nicht die zweite ganz verschiedene Vorschrift enthalte, der klare Grund eines Strafgesetzes solle auf übergangene Fälle nicht angewandt werden. Wenn man die Ausdehnung deßhalb verwerfen wolle, weil jura singularia nicht ausgedehnt werden dürfen, so sei dieß keineswegs der Gesichtspunkt der römischen Juristen, welche ungeachtet jenes Grundsatzes über jura singularia überall Strafgesetze unbedenklich da ausdehnten, wo der Grund derselben auf übergangene Fälle vollkommen paßte.

Tit., D. ad leg. Aquil. 9, 2.
l. 2. §. 29 D. ad senatscons. Tertull. 38, 17.
l. 7. §. 3. D. ad leg. Jul. majest. 48, 4.
l. 3. D. de leg. Pomp. de parricid. 48, 9.

(Diese Stellen weisen die Richtigkeit des Thibaut'schen Ausspruches deutlich nach.)

(Schluß folgt.)

Von dieser Zeitschrift erscheint wöchentlich eine Nummer; von Zeit zu Zeit wird ein Beiblatt — enthaltend Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs, über Rechtsfragen aus dem Code civil. — und am Schlusse des Jahrgangs Titel und Register beigegeben. — Bestellungen übernehmen die Großherzoglichen Postämter, sowie alle Buchhandlungen, zum Preise von 5 fl. oder 3 Thlr. für den Jahrgang (incl Postgebühr).

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 2. Karlsruhe, den 9. Januar 1847.

I.

Zählt bei der Frage, ob ein dritter Diebstahl vorliegt, ein früherer Raubfall gleich einem Diebstahl?

(Erwiderung auf die Redactionsnote, Jahrg. 1846. S. 356 dieser Blätter. Zugleich ein Wort über ausdehnende Erklärung der Strafgesetze nach unserem jetzigen Rechte).

(Schluß).

Allein nicht bloß wegen solcher Beispiele, welche auf ein allgemeines Princip der römischen Juristen schließen lassen, sondern auch besonders deßwegen müsse man die Ausdehnung der Strafgesetze für zulässig halten, weil kein allgemeines Gesetz die in l. 10—14 D. de legibus 7, 3. enthaltene Regel der Ausdehnung beschränkt habe.

Hiemit stimmt Thibaut's würdiger Nachfolger, Vangerow in den Pandectenvorlesungen Band I. S. 44 (§. 25. Nr. 1) vollkommen überein, ferner wird diese Ansicht von den bewährtesten Lehrern des gemeinen Strafrechtes vertheidigt.

Vergl. Mittermaier Archiv des Criminalrechtes Neue Folge Band I. S. 506.

Derselbe in dem von ihm herausgegebenen Feuerbachischen Lehrbuch des peinlichen Rechtes §. 75 a., verglichen mit §. 2. Anmerkung.

Am letzt angeführten Orte bemerkt Mittermaier: „Wenn man auch von den Gefahren einer ausdehnenden analogischen Gesetzesanwendung spricht, so paßt dieß nur bei der allerdings unzulässigen Rechtsanalogie, oder bei dem Verfahren, nach welchem der Richter aus allgemeinen Gründen der Gefährlichkeit oder Schändlichkeit einer Handlung sie mit einer Strafe belegt, obgleich kein Gesetz Strafe droht, während der Richter befugt sein muß, ein Gesetz auch auf jene, zwar im Gesetze nicht genannten, Fälle anzuwenden, auf welche die allgemein gefaßten Worte passen, oder wo das Gesetz eine allgemeine Strafvorschrift enthält, die ihrem Grunde nach auf den einzelnen, obwohl im Gesetze nicht genannten Fall paßt (Gesetzesanalogie genannt)."

In ähnlicher Weise äußern sich:

Heffter im Lehrbuch des g. d. Criminalrechtes §. 23.

Abegg im Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 18.

Letzterer, welcher nicht bloß die Gesetzesanalogie, sondern auch die Rechtsanalogie für gemeinrechtlich zulässig erachtet, bemerkt namentlich, es sei jetzt allgemein anerkannt, daß, wo kein Zweifel obwaltet, auch eine ausdehnende über den Wortverstand hinausgehende Erklärung nach den Gesetzen selbst zulässig sei.

Henke im Handbuch des Criminalrechtes B. I. §. 89 erklärt sich zwar entschieden gegen die Befugniß des Richter's, gleichsam als Gesetzgeber unbenannte Fälle mit Berufung auf die Analogie und den Geist einer Gesetzgebung zur Untersuchung und Bestrafung zu ziehen, fügt jedoch bei: verschieden von der Bestrafung unbenannter Fälle nach dem Geist einer Gesetzgebung überhaupt, sei die gewöhnlich, aber unschicklich sogenannte extensive Interpretation eines einzelnen Gesetzes nach dessen Grund (ratio legis). Unstreitig könne die Gesetzgebung nicht jeden einzelnen Fall besonders entscheiden, sondern müsse es dem Richteramt überlassen, die gesetzliche Regel auf vorkommende Fälle anzuwenden, oder diese unter die erstere unterzuordnen und in dieselbe aufzulösen *).

*) Vergl. auch Tittmann Handbuch der Strafrechtswissenschaft §. 15, und die dort sowie in den vorerwähnten Werken angeführten Schriften.

Erwägt man hiezu was die P. G. O. im Artikel 105 von unbenannten peinlichen Fällen und Strafen verordnet, daß nämlich, wo die peinliche Strafe in den nachfolgenden Artikeln nicht gesetzt oder genugsam erklärt oder verständig wäre, Richter und Urtheiler Raths pflegen sollen, wie in solchen Fällen den kaiserlichen Rechten und dieser Ordnung (der P. G. O.) am gemäßesten gehandelt und geurtheilt werden solle; erwägt man ferner, daß unser bestehendes Strafedict nur ein nothdürftiges „provisorisches Normativ" über die Anwendungsart der P. G. O. darstellt und eine vollständige abgeschlossene Strafgesetzgebung bei unserm dermaligen Strafrechtszustand gewiß nicht vorliegt, mithin die (in den Grenzen des Erlaubten vernunftgemäß sich bewegende) Anwendung der Analogie oder Rechtsähnlichkeit gar nicht entbehrt werden kann, auch täglich ohne Bedenken bei unsern Gerichten Statt findet (ich will statt aller weiteren Beispiele nur auf den gegnerischerseits selbst angerufenen §. 93 der Erläuterung vom Jahr 1812 verweisen, worin ja gerade das Nothmittel der Rechtsähnlichkeit ausdrücklich und in starkem Maße angewendet wird), so wird man dem zweiten Gegengrund um so weniger Gewicht beilegen können, als es sich im vorliegenden Falle nicht einmal um die Anwendung einer bestreitbaren Analogie, sondern nur darum handelt, einen Diebstahl, der in allen seinen Merkmalen vorhanden war, und auf welchen der Grund des Gesetzes augenfällig paßt, obgleich er in einer drohenderen Gestalt, nämlich als Raub auftrat, nach einem unbeweisbaren Gebote logischer Consequenz unter die Regel von den dritten Diebstählen unterzuordnen.

Fast will es mich bedünken, als kämen wir bei Mißkennung dieser Grundsätze nahe zu an die den englischen Richtern früher nachgesagte Gesetzesauslegung, daß sie nämlich einen Mann der Bigamie für schuldlos erklärten, weil er allerdings nicht zwei sondern drei Weiber sich angeheirathet hatte.

Dritter Gegengrund: Die Erläuterung vom Jahr 1812 §. 93, welche (abgesehen von den Fällen der §. 62, 64 und 79 des Strafedicts) die Wiederholung desselben Verbrechens, also nur den Rückfall im engeren Sinne, unter den Erschwerungen aufzählt.

Dieser Erläuterung, worin gerade eine weitgehende Ausdehnung des Gesetzes nach seinem Grunde vollzogen wird, ist die Beschränkung beigefügt: „in allen jenen Fällen, wo nicht im Strafedict bei einzelnem Verbrechen der Wiederbegehung besonders eine Strafe vorgemessen ist." Nun behauptet aber gerade die von mir vertheidigte Ansicht, daß ein solcher Ausnahmsfall vorliege und zwar ein Fall, welcher nicht mittelst einer Ausdehnung des Gesetzes unter die Ausnahmen herbeigezogen, sondern vermöge des Begriff's und Wesens des Raubes, als eines den Diebstahl in sich enthaltenden Verbrechens, unmittelbar von der Vorschrift des Gesetzes getroffen wird, sobald man anerkennt, daß auch in Strafsachen nicht bloß nach dem Wortverstand und mit möglichster Beschränkung desselben, sondern nach dem Grund des Gesetzes vernunftgemäß ausgelegt und entschieden werden muß, ein Anerkenntniß, welches nach dem Obigen nicht wohl zurückgewiesen werden kann.

Was die verehrliche Redaction im zweiten und dritten Absatz ihrer Anmerkung weiter ausführt, scheint mir zur Zurückweisung der von mir vorgezogenen Ansicht ebenfalls nicht zulänglich.

Die in Frage gestellte Section des Thatbestandes des Raubes in zwei ideell concurrirende Verbrechen erachte ich in der vorgehaltenen Weise nicht für nothwendig, indem ich mich vielmehr an den lebendigen Begriff des Raubes, wie er sich im römischen und deutschen Recht entwickelt hat, halte. Der Raub, obgleich durch einen eigenthümlichen Namen und schärfere Strafbedrohung besonders ausgezeichnet, muß auch nach unserem Strafrecht als ein einen Diebstahl enthaltendes Verbrechen, zugleich als ein Diebstahlsvergehen, aufgefaßt werden. Die Vergewaltigung der Person, wenn gleich der Grund der schweren Bestrafung, muß immerhin nur als ein beschwerender Nebenpunkt, der im Verbrechen steckende Diebstahl aber als die Hauptsache betrachtet werden, wie Feuerbach in seinem Lehrbuch §. 353. Note a., wie mir scheint, mit Recht behauptet. Daß die P. G. O. nicht wie z. B. das römische und französische Recht, auch der Sachsenspiegel, Diebstahl und Raub zusammengestellt, sondern, mehr den Charakter der Vergewaltigung hervorhebend, den Raub der Verrätherei, dem Aufruhr und der Brandstiftung angereiht hat, dürfte zur Beseitigung jener dem Wesen des fraglichen Verbrechens, dem Sprachgebrauch und der geschichtlichen Entwicklung entsprechen-

den Auffassung (vergl. Abegg §. 376, Heffter §. 518) nicht genügend erfunden werden.

Was in's Besondere den Einwand betrifft, daß im Gefolge der von mir vertheidigten Ansicht, der Strafe des Raubes, wenn der Thäter schon zweimal wegen Diebstahls bestraft wurde, nach §. 97 der Erläuterungen vom Jahr 1812 noch zwei Drittel der Strafe des dritten Diebstahl's beigeschlagen werden müßten, und hiedurch der Grundsatz „ne bis in idem" verletzt würde, so bin ich der Meinung, daß mehr im Einklang mit der verbreiteten Ansicht geachteter Lehrer und Practiker des gemeinen Rechts und mit den Bestimmungen des neuen Strafgesetzes der genannte §. 97 ebenso wie der §. 97 des Strafedikts selbst, zu dessen Erläuterung ersterer gegeben wurde, nur auf die sogenannte reale (materielle) Concurrenz der Verbrechen, das Zusammentreffen mehrerer verschiedenen, auch der Zeit nach getrennten, strafbaren Handlungen als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils, zu beziehen ist (Neues Strafgesetz §. 170), dagegen der §. 95 des Strafedicts hinsichtlich der idealen (formalen) Concurrenz, des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesübertretungen in einer und derselben Handlung, Maaß gibt (Neues Strafgesetz §. 182). Es könnte mithin, da hier nur die ideale Concurrenz in Frage liegt, nur die Anwendung des §. 95 des Strafediktes in Betracht kommen, wenn man hier, wo das Gesetz eine besondere Strafbestimmung mit dem Namen und Character eines besondern zusammengesetzten Verbrechen's gegeben hat, überhaupt die gewöhnlichen Regeln über Bestrafung der idealen Concurrenz für anwendbar erachten könnte, was übrigens nicht im Gefolge der von mir vertheidigten Ansicht erscheint. Ein auffallendes Ergebniß wäre im Falle der Anwendung jenes §. 95 in keiner Weise zu besorgen. Dem Grundsatz: „ne bis in idem" aber droht nach meinem Dafürhalten von Seiten der hier vertheidigten Ansicht keine ernstliche Gefahr, indem dieser Grundsatz durch die härtere Bestrafung der Rückfälle überhaupt nicht beeinträchtigt wird.

Eduard Brauer.

Anmerkung der Redaction.

Da es wohl das erstemal ist, daß die Bejahung der in der Aufschrift gestellten Frage mit eben so viel Gewandtheit als Gründlichkeit verfochten wird, so dürften einige Worte zur nähern Begründung der entgegengesetzten Ansicht hier den rechten Platz finden.

1) Gar Manches, was vor 23 Jahren in jure unzweifelhaft schien, ist inzwischen streitig geworden. So lange die Autorität der Erläuterungen zum Strafedikt noch unangetastet bestand, mochten sich der Bejahung unserer Frage weniger Bedenken entgegenstellen. Im Jahr 1823 war man aber noch weit entfernt, an den Erläuterungen zu rütteln. Der §. 93 insbesondere stand damals noch in voller Blüthe. Als man später anfing, zwischen Gesetz und doctrineller Interpretation genauer zu unterscheiden, wurde das Ansehen der Erläuterungen sehr erschüttert. Dazu gesellte sich noch ein anderes Ereigniß. Das provisorische Gesetz vom 18. Februar 1836 über die Recurse in gerichtlichen Strafsachen, welches als eine große Verbesserung unseres Strafwesens mit Freuden begrüßt und im Jahr 1837 mit einigen Modificationen auch von den Ständen genehmigt worden ist, hat der Praxis neues Leben eingehaucht.

Im Wege des allgemein freigegebenen Recurses wurden Streitfragen erörtert und entschieden, an welche man früher nicht gedacht hatte. Irgend erhebliche Controversen oder neue Ansichten kamen in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, in den Annalen, in den Blättern für Justiz und Verwaltung zur Sprache. Aber in keinem dieser Organe ist unseres Wissens eine Entscheidung mitgetheilt, wodurch das oberhofgerichtliche Gutachten von 1823 adoptirt worden wäre. Und doch ist kaum zu glauben, daß in so langer Zeit ein derartiger Fall nicht vorgekommen sein sollte. In so fern scheint also die Praxis, als Trägerin der herrschenden Ansichten, der Bejahung obiger Frage nicht das Wort zu reden.

2) Der diesseitige Einwand ist, in seiner speciellen Beziehung zur gegentheiligen Deduction, nur gegen die richterliche Vervielfältigung der strafbaren Handlungen, der Milderungs- und Erschwerungsgründe, nach Rechts- oder Gesetzesanalogie, nicht aber gegen die logische Interpretation gerichtet, wenn gleich manche Schriftsteller, wie z. B.:

Feuerbach, Kritik des Kleinschrod'schen Entwurfs, Th. II. S. 26.

Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Bd. I. S. 180.

v. Preuschen, Gerechtigkeitstheorie, Th. II. S. 12.
Escher, vom Betruge, S. 15.
Zachariä, franz. Civilrecht, Bd. I. S. 86.
jede extensive Auslegung im Strafrechte schlechthin verwerfen.

Der Art. 105. C. CC. verordnet in dieser Hinsicht mehr nicht, als der §. 3. unseres II. Einführungsedikts zum Landrecht, und das römische Recht erlaubt dem Richter keineswegs, strafbare Handlungen zu schaffen, sondern nur den Grund des Gesetzes überall, wo der Wortlaut nicht klar ist, bei dessen Anwendung in's Auge zu fassen, also logisch zu interpretiren, und im Zweifel der mildern Ansicht zu folgen. Von diesem Grundsatze ist die Note in Nr. 45. ausgegangen. Der badische Civilrichter darf unter dem Vorwand, daß das Gesetz den Fall unberührt lasse rc. einen Bescheid nicht verweigern. Um aber die Ertheilung des Bescheides möglich zu machen, ist ihm für den Fall, daß weder die grammatische noch die logische Interpretation ausreichen sollte, die Befugniß eingeräumt, seine Entscheidung aus den Rechts- und Gesetzesanalogien, oder aus den Angaben des natürlichen Rechts zu schöpfen. L.R.S. 4 u. 4 a.

Nicht so gestaltet sich die Sache im Strafrecht, wo der Grundsatz gilt: „nulla poena sine lege" oder nach der Fassung des §. 1. unseres neuen Strafgesetzbuchs:

„Die Begehung oder Unterlassung einer Handlung ist nur in so fern peinlich oder bürgerlich strafbar, als sie vorher von einem Gesetze mit peinlicher oder bürgerlicher Strafe bedroht ist."

Der Richter darf nur strafen, wenn ihn das Gesetz seinem Wortsinn oder Grunde nach dazu ermächtigt. Es wäre für die bürgerliche Freiheit etwas sehr Mißliches und Gefährliches, wenn Handlungen, welche in den Gesetzen nicht für strafbar erklärt sind, nach allgemeinen Gründen der Strafwürdigkeit oder nach Analogien vom Richter bestraft werden dürften. Dadurch müßte nothwendig eine große Willkür und Rechtsunsicherheit entstehen, indem es unvermeidlich wäre, daß der eine Richter nach irgend einer Rechtsähnlichkeit oder nach seiner subjectiven Ansicht etwas strafwürdig findet, was der Andere, weil es nicht mit Strafe bedroht ist, durch die Finger sieht.

Dieselbe Bewandtniß hat es mit den Milderungs- und Erschwerungsgründen, wie durch Beispiele anschaulich gemacht werden soll.

Der §. 73. will beim geringen Diebstahl die ordentliche Strafe um die Hälfte ermäßigt wissen, wenn der Thäter vor angefangener Untersuchung, mithin aus muthmaßlicher Reue, das Gestohlene ersetzt hat. Jeder vernünftige Richter wird diese Milderung auch beim großen Diebstahl eintreten lassen, weil der gesetzliche Grund hier vollkommen anschlagt. Dazu gelangt man durch logische Interpretation. Kommt nun dieser Milderungsgrund, unter gleicher Voraussetzung, auch dem Räuber zu statten, weil in seiner That jedenfalls ein Diebstahl begriffen ist? Man wird hierauf entschieden mit Nein antworten müssen: denn abgesehen davon, daß durch den reumüthigen Ersatz des Geraubten die verübte Gewalt weder ganz noch theilweis gut gemacht werden kann, wächst die Strafe des gemeinen Diebstahls nach Marken (Strafedikt §. 73 und 75—77), jene des Raubs hingegen nach dem Grade der Vergewaltigung an der Person (ibid. §. 67). Annalen XIII. 232.

Wer zum erstenmal 3 fl. stiehlt, erhält eine bürgerliche Gefängnißstrafe von 8—14 Tagen; wer aber dieselbe Summe raubt, verfällt im geringsten Falle einer schweren Zuchthausstrafe von 5 Jahren. Welch großer Abstand zwischen Diebstahl und Raub! Obgleich der raptor von den römischen Juristen immerhin zugleich als fur betrachtet worden, so ist er doch in der Wirklichkeit nicht bloß Dieb, er ist mehr als Dieb, und in so fern ein anderer Verbrecher, welcher nicht, wie das Chamäleon die Farbe wechselt, um zuweilen auch als Dieb oder als Verwunder zu erscheinen, damit nach richterlichem Belieben bald diese, bald jene Strafbestimmungen auf ihn angewendet werden können. Wer nach Verübung eines Diebstahls einen Raub begeht, ist eben so wenig rückfällig, als Jener, welcher nach Begehung eines Raubs einen Diebstahl verübt, weil nicht dieselben, sondern verschiedene Verbrechen in Frage sind. Durch die Begehung eines Raubes wird nicht zugleich und nebenher das den Diebstahl verbietende Gesetz übertreten. Es kann deßhalb der Raub weder als Diebstahl zählen, noch die Markenberechnung auf ihn Anwendung finden.

Nach §. 90. des Strafedikts soll bei Bestimmung der Strafzeit auch das außer Anrechnung gelassen werden,

was Andere für den untreuen Rechner alsbald ersetzen.

Diesen Milderungsgrund beim Diebstahl anzuwenden, ist unzulässig, weil nur jener Ersatz dem Dieb zu gut gerechnet werden darf, welchen er selbst aus muthmaßlicher Reue leistet. Es wird deßwegen noch keinem Richter in den Sinn gekommen seyn, den Milderungsgrund des §. 90. beim Diebstahl geltend machen zu wollen. Gleich unstatthaft ist es, die geschärfte Strafe des §. 87. auch auf die Diebstähle der (nach dem Turnus) zur Nachtwache berufenen Bürger anzuwenden, oder die bloße Versilberung einer von unbekannter Hand gefälschten Münze als wirkliche Münzfälschung oder die Unterschlagung eines Vormunds als Rechnersuntreue zu bestrafen, oder die zufällige Tödlichkeit einer Wunde auch dem Mordbrenner als Milderung anzurechnen. Vergleiche Annalen von 1846, S. 89, 131, 335 und 376.

An den bisherigen Beispielen wird sich erkennen lassen, wie die Strafgesetze, nach dem aufgestellten Grundsatz, nicht ausdehnend zu interpretiren sind.

3) Während nun die Erläuterung Nr. 93 auf der einen Seite den Begriff des Rückfalls ganz richtig gibt, springt sie auf der andern Seite aus den Schienen und fällt mit der nur bei einigen Verbrechen für den Rückfall gedrohten Verdoppelung der festbestimmten Strafen über alle Wiederholungen her, für welche nicht schon im Strafedikt besondere Vorsehung getroffen ist.

Diesen gewaltigen Sprung für eine Ausdehnung des Gesetzes nach seinem Grunde zu erklären, ist um so gewagter, als sich die Erläuterung selbst auf eine (vermeintliche) Rechtsähnlichkeit stützt, über welche die Praxis bereits den Stab gebrochen hat, indem sie den wiederholten dritten Diebstahl, den wiederholten Bruch der Landesverweisung ꝛc., nicht mehr mit Verdoppelung der einfachen Strafe ahndet,

Jahrbücher, N. F. IV. 597—625.
Annalen, XIV. 192 und 93.

weil sie die Ausdehnung der Strafgesetze nach Analogien für unzulässig erachtet, um nicht richterliche Willkür an die Stelle des gesetzlichen Willens zu setzen.

Was endlich noch die Erläuterung Nr. 97. anbelangt, so handelt dieselbe allerdings nicht von der idealen, sondern von der realen Concurrenz; wenn man aber den im Raube (qua minus) enthaltenen Diebstahl als ein außerhalb desselben für sich bestehendes Verbrechen fingirt, um solches bei Gelegenheit unter den §. 77. des Strafedikts zu subsumiren, so wird es folgerichtig sein, daß man dem Räuber, welcher schon zweimal gestohlen hat, neben der Strafe des Raubs (§. 67) noch zwei Drittel der Strafe des dritten Diebstahls zuerkennt, um die gegentheilige Theorie auch in dieser Richtung praktisch durchzuführen. D. R.

II.

1) Unter welchen Umständen tritt die Befugniß des Forstgerichts ein, einen den Werth von 1 fl. nicht übersteigenden Holzdiebstahl als Forstfrevel zu bestrafen? (§. 10. des Gesetzes vom 6. März 1845. Reg.Bl. Nr. VI. Zusatz zu §. 172. des Forstgesetzes.)

2) Können auch ordentliche Strafgerichte, an welche in Folge der eigenen Ablehnung des Forstgerichts die Sache wegen Diebstahls kommt, dennoch wegen Forstfrevels erkennen?

(Erwiederung auf die Redactions-Noten in Nr. 43. der Annalen von 1846.)

Zur ersten Note.

Wie es den Anschein hat, so ist verehrliche Redaktion der Ansicht, daß gegen die Verfügung des Forstgerichts, wornach dieses die Sache an den ordentlichen Strafrichter verweist, ein Rekurs nicht statt finde.

Diese Meinung kann ich nicht theilen. Der fragliche Ausspruch bewirkt nämlich, daß nun der Angeschuldigte dem Strafrichter verfällt, daß dieser nun, sofern er den Angeklagten für überwiesen findet, mit der nicht nur strengeren, sondern auch in anderer Beziehung nachtheiligeren Strafe des Diebstahls verfahren muß; daß endlich der Angeschuldigte der Wohlthat verlustig erklärt ist, nach dem vielgenannten Art. 10. des Gesetzes vom 6. März 1845 nur als Forstfrevler, statt als Dieb bestraft zu werden.

Wenn nun auch wirklich der §. 214. des Forstgesetzes nur vom Rekurs des Verurtheilten und Haftbarerklärten redet, so scheint mir dieser Paragraph um so mehr auch hierher anwendbar, als der Angeschuldigte noch in einer üblern Lage, als wäre er vom Forstgericht verurtheilt

worden, sich befindet und als im Zweifel in Strafsachen eher für als gegen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels sich zu erklären ist. Vergl. Martin Crim.Proc. §. 152 Wenn man jedoch auch die Bestimmung des §. 214 des Forstgesetzes nicht anwendbar findet, so kann gewiß nur gesagt werden, daß beim Mangel einer speziellen Bestimmung für den vorliegenden Fall, eben die allgemeine Rekursordnung in Polizei- und Verwaltungssachen vom 14. März 1833 Reg.Bl. Nr. 13 S. 63 zur Anwendung kommen müsse; denn daraus, daß ein Gesetz gegen eine bestimmte Verfügung nicht ausdrücklich ein Rekursrecht gestattet, kann man gewiß nicht ableiten, daß nun kein Rekurs dagegen zulässig sei und dieses hier um so weniger, als die allgemeine Rekursordnung vom 14. März 1833 das Rekursrecht sehr und zwar so weit ausdehnt, daß sich die fragliche Verfügung des Forstgerichts ohne Zweifel derselben unterstellen läßt.*)

Uebrigens scheint mir die Verschiedenheit der Meinung in dieser Hinsicht nur von der Verschiedenheit der Meinung in Hinsicht auf die Wirkung der forstgerichtlichen Verweisung der Sache vor den Strafrichter, oder von der Beantwortung der Frage II. herzurühren; denn würde verehrliche Redaction mit mir jene Frage verneinen, gewiß würde sie dann gegen jenen forstgerichtlichen Ausspruch auch einen Rekurs zulassen.

Zur zweiten Note.

Wenn mir so eben die fast zu buchstäbliche Auffassung des Worts „Verurtheilter" im §. 214 des Forstgesetzes auffiel, so mußte ich mich bei Lesung dieser zweiten Note darüber wundern, in der Auffassung des oft erwähnten Art. 10 von Seiten verehrlicher Redaktion das gerade Gegentheil wahrnehmen zu müssen.

Unstreitig gelten die Regeln der Wissenschaft über Auslegung der Gesetze auch für Polizeigesetze. Meine Ansicht über den Art. 10 ist der grammatischen, die der verehrlichen Redaktion der ausdehnenden logischen Auslegung entsprossen, welch letztere aber schon aus dem Grunde nicht zulässig sein dürfte, weil dieser Artikel eine Ausnahme von den Regeln über den Diebstahl enthält, jedes Ausnahmsgesetz aber der strengsten Auslegung ist (Thibaut, Pandekten VIII. Aufl. §. 51); aber auch noch aus den weitern Gründen: In der Wissenschaft ist das Verhältniß der logischen zur grammatischen Auslegung dahin bestimmt, daß zunächst die grammatische anzuwenden ist und die logische nur dann, wenn sich die Gründe derselben streng erweisen lassen. Vergl. Thibaut §. 46 und von Savigny I. S. 230.

Das Resultat der grammatischen Auslegung wird unstreitig das sein, welches ich in meinem früheren Aufsatze aufgestellt habe. Grund dieses zu verlassen und nach einem andern durch Anwendung logischer Auslegung zu suchen, wird nur dann vorhanden sein, wenn es ein solches ist, welches dem juristischen Verstand den Zweifel aufdringen muß, ob der bestimmte Wortsinn auch wirklich den wahren Willen des Gesetzgebers ausdrücke.

Durch die Gründe verehrlicher Redaktion scheint mir aber keineswegs dieses dargethan.

Daß das Gesetz nur möglichen Competenz-Conflicten vorbeugen und dafür sorgen wollte, daß die Sache nicht durch Hin- und Herschieben ungebührlich verzögert werde, spricht statt gegen, gerade für meine Ansicht, indem nach dieser, wenn das Forstgericht die Sache an den Strafrichter weist, solcher Erkenntniß wegen Diebstahls geben muß, wogegen im andern Fall der Strafrichter, der über die Anwendung des Art. 10. im gegebenen Fall anderer Ansicht als das Forstgericht wäre, immer und so lange dieses nicht gesetzlich abgeändert ist, versucht sein wird, die Sache an das Forstgericht zurückzuweisen, da dann ein polizeiches Erkenntniß — also auch von der Polizeibehörde — hier dem Forstgericht — zu geben wäre.

*) Diese neu auftauchende Meinung hat eben auch wieder große Bedenken gegen sich.

Die Recursordnung von 1833 kann hier nicht zu Hilfe genommen werden, weil in dem Forstgesetz (§. 200 und 214) der Instanzenzug eigens geregelt ist. Diese jüngere lex specialis derogirt der Recursordnung, welche für Verfügungen, wie die hier in Frage stehende, gar nicht berechnet sein kann. Wäre dieselbe auf unseren Fall anwendbar, so würde nach dem §. 21 über die Vorfrage: ob das Erkenntniß von dem Frevelgericht oder von dem ordentl. Strafrichter zu geben sei? bis an das Ministerium des Innern recurrirt werden können, wogegen in der Hauptsache selbst nur zwei Instanzen statt fänden. Dadurch entstünde das sonderbare Mißverhältniß, daß in dem unbedeutenden Falle, wo es sich entweder um einen geringen Diebstahl, oder um einen bloßen Forstfrevel handelt, fünf Instanzen zulässig wären, während in peinlichen Fällen, und sollte es an den Kopf gehen, nur zwei Instanzen gestattet sind.

Man wird daher wohl daran thun, die Recursordnung hier ganz aus dem Spiele zu lassen. D. R.

Es wird sonach der Wille des Gesetzgebers, Streitigkeiten über die Zuständigkeit, so wie Verschleppung der Sache zu vermeiden, am sichersten und einfachsten auf dem durch grammatische Auslegung gefundenen Weg erreicht.

Das ewige Gesetz, daß der Richter immer nur nach seiner Ueberzeugung und Ansicht urtheilen soll, kann gewiß nur mit der Einschränkung wahr sein, daß diese Ansicht und Ueberzeugung mit dem Gesetz übereinstimmen muß. Daß nun aber die Ansicht, welche verehrliche Redaktion vertheidigt, diese Eigenschaft habe, ist erst zu erweisen und ist in so lange der aus diesem Satz gezogene Schluß ein Fehlschluß, mit dem man weder für noch gegen beweisen kann.

Vor Einführung des vielgenannten Art. 10 wurden alle Entwendungen, namentlich auch die im §. 172 des Forstgesetzes als Diebstahl charakterisirten Fälle als Diebstähle gestraft; dieses ändert dieser Art. 10, indem er, wie verehrliche Redaktion am Eingang der Note richtig bemerkt, die Competenz des Forstgerichts auch für Diebstähle an Forsterzeugnissen, unter einem Gulden Werth, erweitert. Dadurch ist aber die Zuständigkeit des ordentlichen Strafrichters auf die Fälle beschränkt, in welchen das Forstgericht von dieser erweiterten Zuständigkeit keinen Gebrauch macht. Geschieht dieses, so tritt die Zuständigkeit des ordentlichen Strafrichters ein. Dessen Zuständigkeit ist aber nicht erweitert, vielmehr geht sie vor wie nach darauf, den Fall als Diebstahl — dessen Merkmale er ja an sich tragen muß — zu bestrafen.

Sagt nun aber verehrliche Redaktion, durch die Erweiterung der Competenz des Forstgerichts seie auch die des ordentlichen Strafrichters in der Weise erweitert, daß nun auch dieser den Fall statt als Diebstahl, als Forstfrevel bestrafen kann, so fehlt es gewiß diesem Schluß an logischem Zusammenhang. Gewiß ist die Erweiterung der forstgerichtlichen Zuständigkeit, die allein aus dem Gesetze hervorgeht — nicht auch schon die Erweiterung der Zuständigkeit des ordentlichen Strafgerichts — welche ja etwas ganz Verschiedenes und im Gesetz entfernt nicht angedeutet ist. — Daß hieran die Rechtsbelehrung vom 21. August 1813 nichts ändern konnte, darauf werde ich unten zurückkommen.

Die Zuständigkeit des ordentlichen Strafgerichts ist, wie gesagt, nach wie vor die nämliche geblieben. Dasselbe prüft, ob die Merkmale des Diebstahls — zu dessen Aburtheilung es ja allein berufen ist, vorhanden sind, es prüft den Thatbestand des Diebstahls, wie es dieses im nämlichen Maaße vorher auch gethan hat. Mit welchem Schein von Recht kann man nun sagen, die Würde und Selbstständigkeit des zur Entscheidung berufenen Gerichts sei verletzt, wenn man von ihm verlange, daß es nun das thun solle, was es früher immer thun mußte, und von welcher Pflicht es durch kein Gesetz entbunden ist? Diese Würde wird doch nicht schon dadurch verletzt sein, daß dem Forstgericht in die bisherige Zuständigkeit des Strafgerichts vom Gesetz ein Eingriff gestattet ist? — Mit gleichem Rechte müßte man sich über die Verletzung der Würde und Selbstständigkeit der Gerichte beklagen in Fällen, wo Gründe zur Begnadigung eines Verbrechers vorhanden sind, welche die Gerichte aber bei dem Strafausspruch nicht berücksichtigen dürfen, eben weil ihnen kein Begnadigungsrecht zusteht! und doch wird man eine solche Klage noch nicht gehört haben. Immerhin würde aber durch diesen Grund nur ein Tadel des Gesetzes ausgesprochen und ihm Unzweckmäßigkeit vorgeworfen, mit diesem Vorwurfe aber nichts gewonnen. Denn es ist dadurch nicht der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers dargethan, und wird es dem gewissenhaften Ausleger des Gesetzes um so weniger genügen, einen dem Wortlaut fremden, ja widerstrebenden Sinn dieser Gesetzesstelle zu unterschieben, als die Anwendbarkeit des Gesetzes überhaupt und des Strafgesetzes insbesondere nicht erst von der besondern Beurtheilung seiner Zweckmäßigkeit abhängen kann. (Feuerbach, Crim.Recht 11te Aufl. §. 74.)

Der Grund, warum gerade dem Forstgericht die Beurtheilung der einzelnen Umstände anheim gewiesen ist, dürfte zu finden sein in den Eigenthümlichkeiten des Forstgesetzes, seiner besondern höchst summarischen Verfahrungsweise, seiner schnellern Beweiserhebung, seines erleichterten Beweises u. s. w. Diese Bestimmungen sind aber nur anwendbar für das Forstgericht, eine Analogie auf die ordentlichen Strafgerichte findet aber nicht statt. Dieses dürfte z. B. in dem Fall einleuchten, in dem ein besonderer Erschwerungsgrund oder ein solcher Umstand in Frage wäre, der anerkannt, wenn er erwiesen würde, die Wohlthat des vielberührten Artikels 10 ausschließen müßte. Nun ist dieser Umstand im Tagbuch des Waldhüters eingetragen und der Waldhüter bestätigt ihn auf Dienstpflicht,

er ist also nach §. 208 des Forstgesetzes für das Forstgericht erwiesen, weßhalb es die Sache dem ordentlichen Strafrichter überweist. Dieser hat nun eine andere Beweistheorie, ihm genügt der Beweis des Forstgesetzes nicht, der fragliche Umstand ist ihm nicht erwiesen, ihm erscheint deßhalb der Fall als unter diesen Art. 10. fallend. Um nun solch offenbarer Anomalie zu begegnen, hat wohl das Gesetz dem Forstgericht allein die Prüfung der Umstände zugewiesen. *)

Müssen wir nun nach dem Ausgeführten annehmen, daß durch unsere Auslegung die Absicht des Gesetzgebers, Competenz-Conflicte und Verschleppung zu vermeiden, am besten erreicht, die Würde und Selbstständigkeit der Gerichte keineswegs verletzt wird und das ewige Gesetz, daß der Richter immer nach Ansicht und Ueberzeugung urtheilen soll, uns nicht im Wege steht, haben wir zudem gesehen, daß die Absicht des Gesetzgebers und der Grund des Gesetzes die ausdehnende Interpretation und analoge Anwendung des Art. 10. auf die ordentlichen Strafgerichte nicht zuläßt, so dürfte der Vorwurf verehrlicher Redaktion, als streife die von mir vertheidigte Ansicht fast an's Absurde, wenigstens nicht als durch ihre Gründe gerechtfertigt erscheinen.

Hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit des II. 5. der Rechtsbelehrung vom 21. August 1813 habe ich mich in meinem Aufsatze namentlich auf Abs. I. 1. jener Rechtsbelehrung selbst bezogen, wornach da, wo ein Specialgesetz einer bestimmten Staatsstelle das Erkenntniß zuweist, solche es auch allein haben soll. Ich wiederhole dieses gegen den weiteren Inhalt der Redaktionsnote mit dem, daß, wenn auch der Absatz I. 1. in fraglicher Rechtsbelehrung nicht stünde, man doch das Gleiche sagen müßte.

Der Absatz II. 5. ist hier unanwendbar, weil ihm und den Gesetzen, auf welchen er fußt, der Art. 10. l. c. als das jüngere specielle Gesetz derogirt. Dieses werden alle anerkennen, die meine Ansicht über die Auslegung dieses Artikels überhaupt theilen.

Dereinst nach Einführung der neuen Strafgesetze und Gerichtsverfassung fällt aber fragliche Rechtsbelehrung ganz weg. Dieselbe stützt sich nämlich und namentlich II. 5. derselben auf das VIII. Organisationsedikt vom 4. April 1803 §. 94. — Durch §. 2. des Einführungsedikts zum neuen Strafgesetz ist aber die Wirksamkeit des VIII. Organisationsedikts mit allen Erläuterungen und Nachträgen vom Tag der Wirksamkeit der neuen Strafgesetze ausdrücklich aufgehoben.

Man wird sich aber vergeblich dann auch nur um eine scheinbare analoge Bestimmung in den neuen Gesetzen umsehen, da darin nicht einmal der Fall vorgesehen ist, wenn Polizeibehörden den Strafgerichten Fälle überweisen, die sie entweder für gerichtliche oder für das polizeiliche Strafmaaß übersteigend halten, die Strafgerichte aber anderer Meinung sind.

Die Antwort, daß nun die Strafgerichte diese aburtheilen müssen, würde gegen §. 60. der Gerichtsverfassung verstoßen und in §. 58. 62. 56 derselben keinen Anhalt finden.

Für diesen Fall ist zwar auf dem Weg des Gesetzes oder der Regierungsverordnung Vorkehr zu erwarten, wenn diese aber sich nicht auch zugleich auf Art. 10. des Gesetzes vom 6. März 1845 ausdehnen wird, so wird wohl das Resultat sein, daß die Gegner nun auch die im frühern Aufsatz unter II. aufgeworfene Frage mit mir verneinen müssen, da sie dann nicht nur Wort und Sinn des fraglichen Art. 10. gegen sich, sondern auch keinen Schein einer durch jene Rechtsbelehrung herbeigezogenen Unterstützung ihrer Meinung mehr für sich haben werden.

Wetzel.

---

*) Wenn hiermit behauptet werden will, daß der ordentliche Strafrichter nach dem Dictat des Forstgerichts urtheilen müsse, so ist dieß zu viel gesagt, weil dadurch die Polizei über die Justiz gestellt und der ordentliche Strafrichter so eigentlich zum Vollzieher der forstgerichtlichen Beschlüsse gestempelt würde. Um besser auf den Grund zu sehen, wird es zweckmäßig sein, die Natur des forstgerichtlichen Beschlusses, wodurch die Sache an das ordentliche Strafgericht verwiesen wird, schärfer in's Auge zu fassen.

Das Forstgericht hat, indem es ermißt, daß der concrete Fall als Diebstahl zu bestrafen sei, dem ordentlichen Strafrichter unter Mittheilung der Acten die Fällung des Erkenntnisses zu überlassen. Dieser Beschluß bewirkt alsdann, daß der ordentliche Strafrichter das Urtheil geben muß und die Acten nicht etwa darum remittiren darf, weil nach seinem Dafürhalten die Sache eben doch zur forstgerichtlichen Abwandlung geeignet sein möchte.

Ein derartiges Hin- und Herschieben soll vermieden werden, um solche geringfügige Straffälle ohne Verschleif in thunlichster Bälde zur Erledigung zu bringen.

Wie aber der ordentliche Richter dem Forstgerichte keine andere Ueberzeugung aufdringen kann, so ist auch Jener nicht gehalten, die Ansicht des Letzteren seinem Erkenntniß blindlings zum Grund zu legen.

Es geht daher unseres Erachtens die gegentheilige Meinung darin zu weit, daß sie annimmt, der ordentliche Strafrichter, welchem die Sache von dem Forstgericht zum Erkenntniß wegen Diebstahls vorgelegt werde, müsse diesen Beschluß als unabänderlich anerkennen und darnach urtheilen.

Eine nothwendige Folge dieses Satzes würde die sein, daß auch das Recursgericht die That schlechthin als Diebstahl betrachten und in so fern nicht reformiren dürfte, weil nun einmal das Forstgericht in seiner Unfehlbarkeit unabänderlich beschlossen hat, es liege ein Diebstahl vor.

Man sollte aber doch meinen, daß dem Forstgericht, eben weil es sich für unzuständig erkennt, eine Entscheidung der Sache selbst gar nicht zukommt. Der Richter, welcher sich für incompetent erklärt, weist ja eben dadurch die Entscheidung der Sache von sich. Es ist daher mindestens ein Widerspruch, wenn man für denselben Beschluß, wodurch die Entscheidung abgelehnt wird, Unabänderlichkeit in der Hauptsache selbst vindicirt; denn die Eigenschaft der Unabänderlichkeit erscheint als eine Wirkung der Rechtskraft, welche sich da nicht denken läßt, wo noch kein Urtheil ergangen ist.

Das Resultat der diesseitigen Ansicht geht sonach dahin: daß der forstgerichtliche Beschluß nur hinsichtlich der Zuständigkeit, nicht aber auch in Beurtheilung der Sache selbst für den ordentlichen Strafrichter maßgebend sei.

D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 3. Karlsruhe, den 16. Januar 1847.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

Eigene Wechsel.

In den Jahrbüchern des Oberhofgerichts von Hohnhorst sind mehrere ältere Urtheile des höchsten Gerichtshofs angeführt, welche heute noch als Autorität gelten, wie dies aus einem neuern Rechtsfall, der in den Annalen von 1840 S. 103 erzählt wird, und aus den Erläuterungen von Thilo zu Art. 1 und 188 des Handels-Gesetzbuchs (dritter Band S. 12 und 161) hervorgeht. Es dürfte daher nicht überflüssig erscheinen, jene Urtheile einer Kritik nach dem heutigen Stand der Wissenschaft zu unterwerfen, was in dem Folgenden versucht werden soll:

Der Rechtsfall, welcher in dem zweiten Jahrgang (1825) S. 40 ausführlich behandelt wird, hat s. Z. großes Aufsehen erregt, weil der Aussteller der eingeklagten eigenen Wechsel, in die Hände bekannter Spieler gefallen, an diese einen großen Theil seines Vermögens verloren, und um seiner Familie den Rest seines Vermögens zu retten, im Bewußtsein, den Verführungen des Spiels nicht widerstehen zu können, sich selbst das Leben genommen hatte. Dieser Umstand war durch einen nachgelassenen Brief an seine Familie offenkundig geworden, und es war nicht unwahrscheinlich, daß die eingeklagten Wechsel, wiewohl darin die Valuta als baar empfangen angegeben wurde, dennoch aus Verlusten im Spiel herrührten. Auch wurde die auf diese Wechsel begründete Klage in allen Instanzen abgewiesen. Zwei Gründe waren es, durch welche diese Abweisung motivirt wurde;

1) weil die Wechsel nicht von der Hand des Ausstellers geschrieben, und auch nicht nach Vorschrift des Art. 1326 die Schuldsumme in Worten von der Hand des Ausstellers wiederholt ausgedrückt war;
2) weil die Wechsel nicht zur rechten Zeit protestirt worden waren.

ad 1. Was nun den ersten Entscheidungsgrund anlangt, so sind die französischen Schriftsteller gleicher Ansicht.

Pardessus. Cours de droit c. Nr. 478.

Persil. Traité de la lettre de change ad art. 188. Nr. 13. 14.

Nouguier. Des lettres de change. Nr. 299.

Merlin. Répertoire. Mot: Ordre (billet à) §. 1. Nr. 5.

Broicher und Grimm. Handelsgesetzbuch ad art. 188. Nr. 11.

Es wurden auch in jenem Proceß etwa dreißig Fälle aus Sirey nachgewiesen, in welchen die französischen Gerichtshöfe die Anwendbarkeit des Art. 1326 auf eigene Wechsel ausgesprochen haben. Gleichwohl scheint mir die Frage nicht ganz außer allem Zweifel. Art. 188 führt nämlich die Erfordernisse des eigenen Wechsels, wie Art. 110 die Erfordernisse des gezogenen Wechsels auf. Will man nun behaupten, diese Aufzählung sei nicht vollständig, und müsse aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzbuchs ergänzt werden, so muß man, um consequent zu verfahren, für eigene und gezogene Wechsel die Wiederholung der Summe in Worten verlangen. Man ist aber allgemein darin einverstanden, daß bei gezogenen Wechseln die Beobachtung des Art. 1326 nicht nothwendig ist.

Pardessus Nr. 330 in fine *Persil* ad art. 110. Nr. 40. *Nouguier* Nr. 15. äußert zwar seine Bedenken über diese Ansicht, erkennt aber an, daß die Praxis durch viele Urtheile der Gerichtshöfe fixirt ist.

Sirey tome 3, 1, 370: t. 8, 2, 95: t. 15, 2, 183: t. 30, 2, 128.

Merlin führt zur Rechtfertigung dieser Praxis an, daß alle gezogenen Wechsel vom Gesetz als Handelsgeschäfte angesehen werden, daß daher Derjenige, welcher einen gezogenen Wechsel ausstelle, in Bezug auf diesen als Handelsmann gelten müsse, und unter die Ausnahme des Art. 1326 falle. Dieser Grund wird aber mit Recht von *Nouguier* verworfen, da Niemand durch ein einzelnes Handelsgeschäft, sondern nur dadurch, daß er Handelsgeschäfte als Beruf treibt, zum Handelsmann wird. Art. 1. des Handelsgesetzes.

Man wird daher entweder auf beide Arten der Wechsel oder auf keine die Vorschrift des Art. 1326 anwenden müssen. Geht man von der Ansicht aus, der Gesetzgeber habe in den Art. 110 und 188 alle Erfordernisse der Wechsel aufzählen wollen, so wird man auch zugeben, daß man zur formellen Gültigkeit eines Wechsels mehr nicht verlangen kann, als in diesen Artikeln gefordert wird. Der französische Text weicht aber von dem badischen gerade in Bezug auf die vollständige Aufzählung der Requisite eines Wechsels ab, indem jener nicht die Unterschrift des Ausstellers erwähnt, was in unserm Text ergänzt wird. Die Franzosen können daher mit Recht behaupten, daß die Art. 110 und 188 unvollständig seien, und aus den allgemeinen Vorschriften über Privaturkunden ergänzt werden müssen, daß man daher mit gleichem Recht die Nothwendigkeit der Wiederholung der Summe in Worten, wie der Unterschrift des Ausstellers behaupten könne. Nicht so nach Badischem Recht. Unser Gesetzgeber, welcher die Lücke des französischen Textes ausfüllte, konnte wohl nicht die Meinung hegen, daß er dadurch einen möglichen Zweifel beseitige; denn wer würde je auf den Gedanken gekommen seyn, eine nicht unterzeichnete Urkunde für verbindlich anzusehen? er mußte vielmehr die Absicht haben, die Erfordernisse der Wechsel vollständig anzugeben. Ist aber dieses richtig, dann können wir nicht außer diesen Erfordernissen noch die Beobachtung des Art. 1326 verlangen.

In dem oben erwähnten Rechtsfall hat man aber einen ganz eigenthümlichen Grund für die Anwendbarkeit des Art. 1326 angeführt. Man sagte nämlich, ein eigener Wechsel, der nicht von einem Handelsmann oder für ein Handelsgeschäft ausgestellt worden, sei keine Handelssache, mithin auch das Handelsrecht nicht darauf anwendbar. Hohnhorst. Jahrbücher II. S. 51. Dieser Satz, den man aufstellte, um die Anwendung der Vorschrift des Art. 1326 auch für eigene Wechsel zu beweisen, ist aber ungleich wichtiger und folgenreicher als der, den man damals allein entscheiden wollte, und es zeigte sich alsbald, daß man gelegentlich eine Theorie aufgestellt hatte, welche zu nicht geahnten Folgerungen führte. Wenn nämlich das Handelsrecht keine Anwendung auf dergleichen Wechsel findet, so können sie auch nicht indossirt, sondern nur cedirt, werden. Soll die Cession auch gegen Dritte wirksam sein, so muß sie dem Schuldner kund gemacht werden. Der Cedent haftet nicht für die Zahlbarkeit des Schuldners; mehrere Schuldner haften nicht sammtverbindlich. Die Vorschriften über den Protest fallen weg; es findet kein persönlicher Verhaft statt u. s. w. Das schien schon damals dem Herausgeber der Jahrbücher befremdlich: er äußert sich in dem nämlichen Band S. 384 über die bedenklichen Folgen dieser Theorie. Im 3. Band S. 244 kömmt er auf die Frage zurück, und weist nach, wie man aus den Art. 113 und 186 a. c. Argumente gegen die aufgestellte Theorie hernehmen könne, bemerkt aber dabei, daß sowohl im Jahr 1825 wie 1826 von beiden Senaten des höchsten Gerichtshofs eigene Wechsel von Nichthandelsleuten für bloße Handschriften erklärt, und nur der ordinäre Proceß zugelassen worden sei. In dem 4. Band S. 54 wird ein Fall erzählt, in welchem zwar immer noch der Grundsatz, daß von einem Nichthandelsmann ausgestellte eigene Wechsel, denen kein Handelsgeschäft zu Grund liegt, nur als Handschriften gelten, festgehalten, demungeachtet aber die nach Wechselrecht angestellte Klage nicht allein zugelassen, sondern auch die Einrede der an den Remittenten geschehenen Zahlung als unerheblich verworfen wird, wiewohl keine Bekanntmachung der Cession an den Schuldner geschehen war. Diese Entscheidung beruhte darauf, daß der eingeklagte Wechsel an die Ordre des Remittenten gestellt war, wodurch der Aussteller sich verbindlich gemacht habe, an den dritten rechtmäßigen Inhaber des Wechsels zu zahlen, oder wie der Instruktiv-Votant sich ausdrückte, auf die Rechtswohlthat des Art. 1691 verzichtet worden sei.

Aus dieser Entscheidung geht deutlich hervor, daß der höchste Gerichtshof einsah, wie seine Theorie zu Consequenzen führe, die er nicht billigen konnte, und daher

wieder in die rechte Bahn einzulenken versuchte. Wie kann aber auf eine Urkunde, welche nicht als Wechsel gelten soll, nach Wechselrecht verfahren werden? Auch kennt das Civilrecht den Ausdruck „Ordre" durchaus nicht; dennoch hat man die Bedeutung, welche das Handelsrecht diesem Ausdruck beilegt, zur Anwendung gebracht, und zu gleicher Zeit behauptet, das Handelsrecht könne bei diesen Urkunden nicht zur Anwendung kommen. Welcher Widerspruch!

In dem sechsten Band der Jahrbücher S. 289 kömmt der Herausgeber auf dieselbe Frage zurück, weil sie ihm nicht außer allem Zweifel zu sein scheint. Es handelte sich in dem hier erzählten Rechtsfall wieder darum, ob Art. 1326 auf eigene Wechsel anwendbar sei, und man machte die Entscheidung dieser Frage abermals von der allgemeinern Frage abhängig, ob eigene Wechsel, die nicht von einem Handelsmann und nicht in Handelsgeschäften ausgestellt wurden, nach dem Handelsrecht zu beurtheilen seien? Es sind dort sehr scharfsinnige Gegengründe angeführt, aber auch dießmal (1829) hielt man an der frühern Ansicht fest.

Im Jahr 1834 hatte der höchste Gerichtshof abermals Gelegenheit, sich über die nämliche Frage in einem Falle, der in den neuen Jahrbüchern 2. Band S. 269 erzählt wird, auszusprechen. Wiewohl auch hier wieder die Anwendbarkeit des Art. 1326 auf Wechsel und Handelszettel behauptet wird, so ist doch dafür ein ganz anderer Grund angeführt, als in den oben erwähnten Entscheidungen. Es heißt nämlich S. 277 unten, „die Vorschriften des allgemeinen Landesgesetzbuchs seien insolange für alle Rechtsgeschäfte bindende Norm, als sie nicht durch abweichende Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs ausdrücklich abgeändert seien."

Hier zeigt sich augenfällig der durch die unterdessen eingeführte Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen bewirkte Fortschritt sowohl in der Darstellung als in der Motivirung der Urtheile. Diese ist kurz, bündig und schlagend. Man muß in der That erstaunen, daß dem höchsten Gerichtshof früher ganz entgangen zu sein schien, daß das Civilgesetzbuch auch in Handelssachen maßgebend ist, insofern in dem Handelsgesetzbuch nicht abweichende Bestimmungen enthalten sind. Dieser Grund ist ausreichend, die Anwendung des Art. 1326 auf Wechsel zu rechtfertigen, und man hatte nicht nöthig, zu einer abentheuerlichen Theorie, vor deren Consequenzen der höchste Gerichtshof selbst wieder zurück wich, seine Zuflucht zu nehmen. Uebrigens hat die Verschiedenheit in der Begründung der Entscheidung auch praktische Folgen in Bezug auf die Anwendung des Art. 1326. Nach der ältern Ansicht ist dieser Artikel nur auf solche eigene Wechsel anwendbar, welche nicht von Handelsleuten und nicht in Handelsgeschäften ausgestellt sind. Nach der neuern Ansicht dagegen auf alle eigenen Wechsel, insofern sie nicht von Personen ausgestellt sind, welche in dem §. 2 des Art. 1326 von der Beobachtung jener Förmlichkeit ausgenommen sind. Die Prüfung der ältern Theorie des Großh. Oberhofgerichts bietet daher selbst in dieser Beziehung eine praktische Seite. Noch mehr aber wegen der schon von Hohnhorst angedeuteten wichtigen Folgen für den gesammten Wechselverkehr, wie auch wieder aus zwei andern Entscheidungen des Großh. Hofgerichts am Unterrhein hervorgeht. Dieser Gerichtshof nahm nämlich noch im Jahr 1840 an, daß aus eigenen Wechseln, welche weder von Handelsleuten noch in Handelsgeschäften ausgestellt seien, keine Wechselklage angestellt werden könne, und verwarf diese daher „angebrachter Maßen."

Neue Jahrbücher. Band 5. S. 90.
Annalen von 1840 S. 103.

Sogar aus der Begründung eines in neuester Zeit nämlich unter dem 2. Juli 1845 J. S. Ladenburg gegen von Racknitz erlassenen Urtheils desselben Gerichtshofs geht hervor, daß diese Theorie noch immer festgehalten wird. Es heißt nämlich dort: „Der vorliegende Wechsel ist zwar ein eigener, allein dem ungeachtet zur Begründung des Wechselprocesses geeignet, da er, wenn nicht über ein Handelsgeschäft, doch einem Handlungshause von zwei für eine Handelsgesellschaft einstehenden Mitgliedern derselben, also über eine Handelssache (Art. 1 des Handelsges.) ausgestellt ist." Diese Begründung läßt vermuthen, daß das Großherzogliche Hofgericht den Wechselproceß nicht zugelassen hätte, wenn der Wechsel nicht von Mitgliedern einer Handels-Gesellschaft ausgestellt worden wäre. Das Großherzogliche Hofgericht des Oberrheinkreises hat dagegen keinen Anstand genommen, einen Badischen Grundherrn wegen dreier eigener Wechsel, in denen der Werth als baar empfangen bezeichnet war, welchen mithin ein Darlehen zu Grund lag, durch

Bescheid vom 22 September 1845 zu verurtheilen. Es ist keine Appellation ergriffen worden, die Sache kam daher nicht vor den höchsten Gerichtshof.

Bei so abweichenden Ansichten und bei der großen praktischen Bedeutung der Frage dürfte wohl eine gründliche Beleuchtung derselben am Platze sein. Die aufgestellte Theorie beruht auf dem Vordersatze, daß unser Handelsgesetzbuch nur maßgebend sei in Handelssachen d. h. unter Handelsleuten oder in Handelsgeschäften.

Hohnhorst, Jahrbücher II. S. 49.

Dieser Satz erscheint theoretisch unbedingt richtig und über allen Zweifel erhaben. Wie sollte auch ein Handelsgesetzbuch für andere Fälle maßgebend sein können? So wie wir aber unser Handelsgesetzbuch durchlesen, so finden wir, daß der Gesetzgeber zwar im Ganzen von jenem Standpunkte ausgegangen, aber hie und da davon abgewichen ist. So z. B. handelt er in den Art. 103—108 von den Fuhrleuten, denen in dem Art. 107 die Schiffer, Unternehmer öffentlicher Wagen und Landkutschen gleichgestellt sind. Sind diese Personen etwa Handelsleute? Der code de commerce zählt zwar in Art. 632 die entreprises de transport par terre et par eau zu den actes de commerce. Aber unser Gesetzbuch hat sie nicht unter den Handelsgeschäften aufgezählt. Wir müssen sie daher zu den bürgerlichen Geschäften rechnen, dennoch aber die Art. 103—108 des Handelsgesetzbuchs auf sie anwenden. Ich glaube wenigstens nicht, daß man hierüber bisher den geringsten Zweifel hegte. Ein anderes Beispiel bieten die Handelszettel: Art. 193 gestattet nämlich allen Personen, also auch den Nichthandelsleuten, für Zahlungen an Handelsleute solche Handelszettel auszustellen. Eine solche Zahlung ist aber kein Handels- sondern ein bürgerliches Geschäft; dennoch wird man nicht umhin können, die Art. 190—205 des Handelsgesetzbuchs in solchen Fällen anzuwenden. — Unser Staat hat bekanntlich große Anlehen gemacht, und dafür Staatscheine, welche auf jeden Inhaber gestellt sind, ausgegeben. Nun ist aber unser Staat kein Handelsmann, die Aufnahme eines Anlehens kein Handelsgeschäft, und dennoch wird Niemand Anstand nehmen, die Art. 199—205 auf die Rentscheine und deren Coupons für anwendbar zu erklären. Wenn man aber nach der Theorie des höchsten Gerichtshofs verfahren, und nur das bürgerliche Gesetzbuch auf sie anwenden wollte, so würde nicht die Verjährung des Art. 200, sondern die dreißigjährige Verjährung bei ihnen Platz greifen; der Staat würde nicht nach Art. 201 an den Inhaber der Obligation zahlen können, er müßte vielmehr erst prüfen, ob die Voraussetzungen der Art. 1239 und 1240 des Civilgesetzbuchs vorhanden sind u. s. w. Ein anderes Beispiel bieten die unbenannten Gesellschaften (sociétés anonymes). Das bürgerliche Gesetzbuch kennt sie nicht; wenn aber gleichwohl für ein bürgerliches Geschäft von Nichthandelsleuten eine solche Gesellschaft begründet wird, sind etwa die Art. 34—37 und 40 des Handelsgesetzbuchs nicht auf sie anwendbar? Man könnte etwa glauben, die Eingehung einer unbenannten Gesellschaft sei schon an und für sich ein Handelsgeschäft, weil nur das Handelsgesetzbuch von dergleichen Gesellschaften handelt. Dieser Schluß wäre aber eben so unrichtig, als wenn man behaupten wollte, die Ausstellung eines eigenen Wechsels sei ein Handelsgeschäft, weil nur das Handelsgesetzbuch von Wechseln handelt. So wie bei diesen in jedem einzelnen Fall zu untersuchen ist, ob ihm ein Handelsgeschäft zu Grunde liegt, so auch bei den unbenannten Gesellschaften. So wird die Versorgungsanstalt in Karlsruhe wohl schwerlich von irgend Jemand für eine Handelsgesellschaft angesehen werden. Sogar der Badische Phönix (jetzt der deutsche Phönix) würde nicht als Handelsgesellschaft gelten können; weil Assekuranzen, wenigstens nach unserm Gesetzbuch, nicht zu den Handelsgeschäften gehören. Die Franzosen rechnen ebenfalls nicht zu den Handelsgesellschaften die Tontinen, Sparkassen, die Gesellschaften zur Ausbeutung von Bergwerken u. s. w., aus dem einzigen Grunde, weil nicht die Form der Gesellschaft, sondern der Gegenstand oder Zweck derselben in dieser Frage entscheide.

Malepeyre et Jourdain, traité des sociétés c. Nr. 11 und 271.

Troplong, des sociétés Nr. 143, 327 und 328.

Duvergier (Forts. von *Toullier*), des sociétés Nr. 485.

(Schluß folgt).

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 4. Karlsruhe, den 23. Januar 1847.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Schluß.)

Das mag wohl hinreichen, um darzuthun, daß auch bürgerliche Geschäfte unter Nichthandelsleuten nach dem Handelsrecht zu beurtheilen sind, wenn sie unter einer Form vorkommen, von welcher nur das Handelsgesetzbuch handelt, ja sogar ohne solche bestimmte Form, wenn eine Materie im Handels- nicht aber im Civil-Gesetzbuch abgehandelt ist. Alle Wechsel sind demnach zunächst nach den Bestimmungen der Art. 110—189 des Handels-Gesetzbuchs zu beurtheilen, und treten nur dann aus diesem Kreise, wenn sie ausdrücklich wie z. B. durch den Art. 112, 113 und 114 an das Civilgesetz verwiesen werden. Man hat häufig aus Art. 189 das Gegentheil darthun wollen, weil dieser die kurze Verjährung nur für solche eigene Wechsel, die von Handelsleuten oder in Handelsgeschäften ausgestellt sind, einführt. Aber mit Unrecht; man könnte weit folgerichtiger das Gegentheil daraus ableiten. Wenn nämlich in diesem Artikel ausdrücklich nur von eigenen Wechseln, die von Handelsleuten oder in Handelsgeschäften ausgestellt sind, die Rede ist, während die vorausgehenden Artikel von eigenen Wechseln überhaupt handeln, so liegt wohl darin ein Gegensatz, welcher darauf hinweist, daß Art. 189 einen beschränktern Kreis von eigenen Wechseln im Auge hat, als die unmittelbar vorausgehenden Artikel; mit andern Worten, daß die Art. 187 und 188 nicht bloß von eigenen Wechseln, welche von Handelsleuten oder in Handelsgeschäften ausgestellt sind, verstanden werden können.

Man hat sich zur Begründung der gegentheiligen Ansicht auch auf den Art. 636 des code de commerce bezogen, weil dort die eigenen Wechsel, welche nicht von Handelsleuten und nicht für Handelsgeschäfte ausgestellt sind, vor die Civilgerichte verwiesen sind, wofür als Motiv angeführt wird, daß solche Wechsel eine obligation civile enthalten. Hohnhorst, Jahrbücher VI. S. 292. Diese Verweisung an die Civilgerichte hat aber nicht die Folge, daß der eigene Wechsel seine Eigenschaft als Wechsel verliert, und nur als Handschrift gilt; — dieses würde nur dann der Fall sein, wenn das Gesetz wie in den Art. 112—114 geschieht, den Wechsel für eine simple promesse erklären würde; — sondern der Proceß wird von einem andern Gericht entschieden, wobei jedoch die Folge eintritt, daß kein persönlicher Verhaft stattfindet, weil dieser nur in Handelssachen erkannt werden kann.

Nouguier. Nr. 310.

Persil ad art. 187. Nr. 9.

Wenn bei uns die neue Gerichtsordnung ins Leben getreten ist, so müßten die Klagen aus solchen eigenen Wechseln nach §. 32 ebenfalls an die Civilgerichte verwiesen werden, weil sie nicht als Handelsgeschäft gelten. Dagegen würde der persönliche Verhaft nach Art. 186 a. a. verglichen mit Art. 187 a. auch bei ihnen eintreten. Dieses ist die Ansicht von Brauer IV. S. 522. Auch die Proceß-Ordnung scheint in §. 741 von der gleichen Ansicht auszugehen, da sie bei Wechseln überhaupt, und ohne einen Unterschied zwischen gezogenen und eigenen oder zwischen Wechseln der Handelsleute und Nichthandelsleute zu statuiren, den Wechselproceß zuläßt.

ad 2. Außer der eben widerlegten Theorie hat der höchste Gerichtshof ferner den Grundsatz aufgestellt, daß eigene Wechsel, welche nicht zur rechten Zeit protestirt wurden, nicht mehr als Wechsel gelten, sondern nur als gewöhnliche Handschriften anzusehen seien.

Hohnhorst, Jahrbücher Band II. S. 54—57.

Auch diese Meinung hat sich bis in die neueste Zeit geltend gemacht, wie aus einer Entscheidung des Großh. Hofgerichts am Unterrhein vom Jahr 1840 hervorgeht. Annalen von 1840. S. 103.

Dennoch hat sie weder im Gesetz, noch in der Natur der Sache irgend eine hinreichende Begründung. Unser Gesetzbuch spricht in Art. 168 und 169 von den Nachtheilen, welche bei unterlassenem oder verspätetem Protest den Inhaber bezüglich seines Rückgriffs auf die Indossanten treffen, in Art. 170 von dem Verlust des Rückgriffs auf den Wechselaussteller, welcher nur dann eintreten soll, wenn dieser den Bezogenen gedeckt hatte, wobei dem Inhaber die Klage gegen den Bezogenen ausdrücklich vorbehalten bleibt. Diese Bestimmungen sind nach Art. 187 auch auf eigene Wechsel anwendbar. Da aber bei diesen kein Bezogener vorkömmt, so kann auch der Aussteller nie behaupten, daß er den Bezogenen gedeckt habe, folglich fehlt es an den Voraussetzungen, unter denen nach Art. 170 der Aussteller die Verspätung oder den Mangel des Protests dem Inhaber entgegen setzen könnte. *Broicher* und *Grimm* ad art. 188. Nr. 4. Zu demselben Resultat gelangt man, wenn man, ohne Rücksicht auf das Gesetz, die Frage nach allgemeinen Grundsätzen prüft. Was ist ein Protest? Eine materielle Aufforderung zur Zahlung eines Wechsels, mithin nichts Anderes als eine Setzung des Schuldners in Verzug. Der Gläubiger ist aber niemals verpflichtet, seinen Schuldner in Verzug zu setzen; wenn hievon die Art. 161—163 des H. G. eine Ausnahme zu machen scheinen, weil sie kathegorisch gebieten, am Verfalltag die Zahlung zu fordern, und wenn diese verweigert wird, protestiren zu lassen, so kann die Folge der Unterlassung nach allgemeinen Grundsätzen keine andere sein, als welche mit der mora des Gläubigers überhaupt verbunden ist. Der Schuldner kann sich durch Darlegung und Hinterlegung der Zahlung befreien. Die Gefahr geht auf den säumigen Gläubiger über, u. s. w. Nirgends aber ist nach dem Civil- oder Handelsrecht die Folge aus dem Verzug abzuleiten, daß die über eine Verbindlichkeit ausgestellten Urkunden ihre Kraft oder ihren Werth verlieren. Allerdings war dies in dem Art. 25 der Pfälzer Wechsel-Ordnung ausdrücklich bestimmt. Aber wie kann man heutigen Tags dieses Recht zur Anwendung bringen wollen? Die Obergerichtsordnung hat schon das Frankfurter Wechselrecht bei uns eingeführt, und durch unser Handelsgesetzbuch wurden beide Wechsel-Ordnungen aufgehoben. Landrechtsatz 6 b. und 6 e. Das Handbuch von Scheerer, worauf in den Jahrbüchern II. S. 55 sich berufen wird, kann ebenfalls nicht als Autorität gelten, da dieses Werk im Jahr 1800, also lange vor Publicirung des code de commerce (1807) erschienen ist.

Man hat aber übersehen, welches Argument aus Art. 170 §. 2 gezogen werden kann. Wenn der Protest versäumt ist, und sogar der Aussteller eines gezogenen Wechsels frei ist, weil er Deckung gegeben hat, so bleibt noch die Klage gegen den Bezogenen. Dieser haftet, wenn er acceptirt hatte, selbst in dem Fall, da gar nicht protestirt wurde. Er haftet ferner, auch wenn er nicht acceptirt hatte, sobald bewiesen werden kann, daß er gedeckt war. arg. Art. 171. Der Aussteller eines eigenen Wechsels steht hierin dem Bezogenen ganz gleich, und haftet daher für den Wechsel, auch wenn nicht protestirt wurde. So hat auch das Großh. Hofgericht am Unterrhein in dem schon oben angeführten Urtheil vom 2. Juli 1845 entschieden.

„Wegen Mangels der Absage, heißt es in den Entscheidungsgründen, wird nur der Rückgriff gegen die Wechselübergeber verloren. Da aber hier auf Erfüllung des Wechselvertrags gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels geklagt wird, so hat die Verspätung der Absage keine Folgen."

Das Großh. Hofgericht hat mithin die in den Annalen von 1840. S. 103 aufgestellte Theorie verlassen.

Dr. Ladenburg.

II.

Bemerkungen zur Beurtheilung der Bestimmungen unserer neuen Strafproceßordnung über die Entscheidung der Thatfrage.

(Aus dem Commissionsbericht des Abg. v. Soiron über die Motion des Abg. Stößer, Einführung des Geschwornengerichts betreffend.)

So wie die That, welche, nach der Unterstellung der Anklage, als Verbrechen oder Vergehen verfolgt werden soll, wenn auch aus verschiedenen Handlungen zusammengesetzt, doch nur als eine Erscheinung betrachtet werden darf, weil sie nur als Ganzes mit dem Strafgesetz, welches angewendet werden soll, verglichen werden kann,

ebenso lassen sich alle Ergebnisse der ganzen Untersuchung nur als ein Ganzes zusammenfassen, wenn der Richter die Frage: ob der Beweis der That, ob dieser Beweis gegen einen bestimmten Angeklagten wirklich geführt sei, gehörig beurtheilen soll. Die Richtigkeit dieses Satzes bewährt sich nicht bloß da, wo die Beweisführung eine sehr einfache, sondern noch viel augenscheinlicher, wo die Beweisführung eine sehr mannigfaltige, eine sehr zusammengesetzte ist; denn gerade da muß jeder einzelne Theil der Untersuchung mit steter Rücksicht auf die Hauptfrage: „ist der Beweis der That, ist er gegen den Angeschuldigten geführt?" aufgefaßt, jedes zu ängstliche Verweilen bei den Einzelheiten der Untersuchung dagegen muß vermieden werden, wenn man nicht den Hauptgesichtspunkt aus den Augen verlieren will.

Ist schon hiernach alles Festsetzen von Beweisregeln, durch welche der Richter gebunden werden soll, verwerflich, weil dadurch die Aufmerksamkeit des Richters, statt dieselbe beständig von dem Einzelnen auf das Ganze zu richten, von der Hauptsache weg zur Beurtheilung von Nebenpunkten abgezogen wird, welche von der Proceßordnung im Voraus für entscheidend erklärt werden, so ist auf der andern Seite eben so gewiß, daß bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen auf dem Gebiete menschlicher Verirrungen, bei der bekannten Sorgfalt aller Verbrecher, welche nur einigermaßen mit Vorbedacht handeln, die That so einzurichten, daß sie keine zurückweisenden Spuren hinterläßt, bei der großen Trüglichkeit aller denkbaren Beweismittel an sich, es als vergebliche Mühe erscheinen muß, eine ihrem Zweck entsprechende Beweistheorie zu erfinden. Mag beim Streit über Mein und Dein die Aufstellung von Regeln, welche Beweismittel und unter welcher Voraussetzung sie zuläſſig und als beweiskräftig vom Richter angenommen werden müssen, immer nothwendig bleiben; die Rechtfertigung dafür liegt darin, daß der Bürger im Privatverkehr bei Einrichtung seiner Rechtshandlungen im Voraus wissen muß, in welcher Gestalt sie der Richter als rechtsbeständig gelten lassen wird; beim Strafproceß ist solche Vorsicht nicht anwendbar, sie kann höchstens dazu führen, daß der Verbrecher lernt, wie er die Klippe der Ueberweisung umschiffe, und sie genügt ihrem Zweck nicht, leichtsinnige Verurtheilungen zu verhindern.

Diese Grundsätze finden sich nun theilweise, aber auch nur theilweise in unsrer Strafproceßordnung anerkannt. Man hat den Richter nicht an solche Regeln gebunden, nach welchen er die zum objectiven und subjectiven Thatbestand erforderlichen Thatsachen unter gewissen Voraussetzungen als wahr annehmen muß; man hat nur Regeln dafür aufgestellt, unter welchen Verhältnissen der Richter den Beweis der That und der Thäterschaft als geführt erachten darf; man hat dem Richter selbst für diesen Fall gewissermaßen seine Ueberzeugung frei gelassen, und ihm, jedoch wie gesagt, nur gewissermaßen, gestattet, von der gesetzlichen Befugniß, zu verurtheilen, keinen Gebrauch zu machen, sondern freizusprechen. Eine nähere Untersuchung der Regeln selbst muß aber zu der Ueberzeugung führen, daß ihre Anwendung weder das zu häufige Freisprechen Schuldiger, noch das Verurtheilen Unschuldiger verhüten kann.

Wir übergehen die Vorschriften der §§. 248—252, weil sich gegen dieselben, als sich von selbst verstehende Anweisungen des Richters, außer den oben entwickelten allgemeinen Gründen gegen jede Beweistheorie, etwas Erhebliches nicht erinnern läßt. Wir beginnen mit der Vorschrift des §. 253, nach welcher ein in der Voruntersuchung freiwillig abgelegtes Geständniß seine Beweiskraft selbst dann behält, wenn der Bekennende dasselbe später vor dem urtheilenden Richter widerruft, insofern er nicht zur Unterstützung seines Widerrufs Umstände nachweist, oder doch wahrscheinlich macht, aus welchen sich die Unwahrheit des Geständnisses, oder so viel ergibt, daß das Geständniß durch Versprechen, falsche Vorspiegelungen, Zwang oder Drohungen veranlaßt worden sei.

Bei dieser Vorschrift zeigt sich so recht klar, was sich auch aus der Beschränkung der Oeffentlichkeit, aus der Beeidigung der Zeugen in der Voruntersuchung, aus der Behandlung der Rechtsmittel, worauf wir später zurückkommen werden, ergibt, daß die Regierung zwar der öffentlichen Meinung, welche sich für Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Strafverfahren ausgesprochen hatte, nachgeben zu müssen geglaubt hat, daß sie aber nebenbei die alte Liebe zum geheimen Untersuchungsproceß nicht aufgeben konnte. Wahre Oeffentlichkeit und Mündlichkeit besteht bloß da, wo nur die Ergebnisse der Untersuchung, wie sie vor den Augen des Richters, wie sie vor den Augen der Welt erhoben werden, vom Richter berücksichtigt werden dürfen, wo die geheime Voruntersuchung,

wenn man eine solche überhaupt zuläßt, nur dazu dient, die zur Erhebung einer Anklage nöthigen Erkundigungen einzuziehen, wo diese geheime Untersuchung für das richterliche Urtheil keinen Werth hat. Statt nun von dieser folgerichtigen Fortbildung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit auszugehen, hat man nicht nur diesen allein erlaubten Weg nicht eingeschlagen, nein, man hat den entgegengesetzten gewählt: man hat ein Ergebniß der geheimen Voruntersuchung, das dort niedergeschriebene Geständniß des Angeschuldigten höher gestellt, als seine Aussage vor dem urtheilenden Richter, höher als seine Aussage vor Gott und der Welt! Und warum? — weil man ein geschriebenes Geständniß hatte, das man nicht mehr aufgeben wollte, weil man sich von dem, trotz aller entgegenstehenden Verbote, den ganzen geheimen Untersuchungsproceß beherrschenden Hintergedanken, daß auf Erzielung eines Geständnisses hinzuwirken sei, nicht trennen konnte.

Wer daher in der geheimen Voruntersuchung durch die verwerflichsten Mittel zur Ablegung eines Geständnisses gebracht worden ist, den darf der Richter unbedingt als geständig verurtheilen, denn welche Mittel sollten dem Angeklagten, der dem Untersuchungsrichter und seinen Untergebenen hilflos gegenüberstand, zu Gebote stehen, um zur Unterstützung seines Widerrufs Umstände nachzuweisen oder wahrscheinlich zu machen, aus welchen sich die Unwahrheit seines Geständnisses oder doch so viel ergäbe, daß das Geständniß durch Versprechen, falsche Vorspiegelungen, Zwang oder Drohungen veranlaßt worden sei? Oder, wenn der Angeschuldigte Wahrscheinlichkeitsgründe, welche nach seiner Lage in der Regel nur schwache sein werden, beizubringen im Stande wäre, müssen dieselben nicht einen Vorwurf, eine wahre Beleidigung gegen den Untersuchungsrichter in den Augen seines Amtsbruders, des vom Staat angestellten Richters enthalten, und werden dieselben, vor diesem vorgebracht, nicht häufig mehr gegen, als für den armen Angeklagten sprechen?

Unsre Untersuchung liefert hiernach das Resultat, daß die Bestimmung des §. 253 der Strafproceßordnung, als von dem Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit abweichend, an sich verwerflich, in ihrer Anwendung aber, als den Richter ermächtigend, Ergebnisse der geheimen Voruntersuchung jenen der öffentlichen, eigentlichen Untersuchung vorzuziehen, geeignet ist, eine unwahre Entscheidung der Thatfrage herbeizuführen.

Der §. 254 gestattet dem Richter, eine Anschuldigungsthatsache für rechtlich gewiß anzunehmen, wenn zwei beeidigte, vollgültige Zeugen in ihrer auf eigene unmittelbare Wahrnehmung gestützten Angabe dieser Thatsachen und der wesentlichen Umstände derselben übereinstimmen. Als Gründe, welche den Zeugen zum verdächtigen oder nicht vollgültigen machen, sollen nach §. 255 diejenigen gelten, welche

1) ein feindliches Verhältniß zwischen dem Zeugen und dem Angeschuldigten, oder
2) ein unmittelbares oder mittelbares Interesse des Zeugen am Ausgange der Untersuchung nachweisen;
3) welche den Zeugen mit dem Verdacht eines Meineids, einer Bestechung, einer Fälschung, eines Betrugs oder eines andern, seine Treue und Glaubwürdigkeit in hohem Grade schwächenden Verbrechens belasten;
4) welche überhaupt in unrechtlichen Handlungen oder in der leichtsinnigen oder unsittlichen Lebensweise des Zeugen liegen und seine Liebe zur Wahrheit in Zweifel stellen;
5) welche vermuthen lassen, daß es dem Zeugen zur Zeit, da er die Wahrnehmung gemacht haben soll, an dem zur richtigen Wahrnehmung der zu bezeugenden Thatsachen erforderlichen Geistes- oder Sinnenvermögen gefehlt habe;
6) welche eine erhebliche Schwäche jenes Vermögens oder der Fähigkeit, früher gemachte Wahrnehmungen wieder richtig mitzutheilen, insbesondere Schwäche des Gedächtnisses darthun.

Nach §. 256 soll ein Zeuge, der dem §. 255 gemäß nicht zu den vollgültigen gehört, einem vollgültigen gleichgelten, wenn die Gründe des Verdachts durch die Umstände des einzelnen Falls entkräftet sind.

(Schluß folgt).

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe, den 30. Januar 1847.

Bemerkungen zur Beurtheilung der Bestimmungen unserer neuen Strafproceßordnung über die Entscheidung der Thatfrage.

(Schluß).

Die Aechtheit einer Privaturkunde soll von dem Gerichte nur unter den nämlichen Voraussetzungen für erwiesen angenommen werden, unter welchen überhaupt Anschuldigungsthatsachen für rechtlich gewiß angenommen werden dürfen. Das Ergebniß der Schriftvergleichung soll keinen höheren Werth haben, als den einer Anzeigung für oder gegen die Aechtheit der Urkunde (§. 257).

Aus der anerkannten oder hergestellten Aechtheit einer Unterschrift allein soll die Aechtheit des Inhalts einer Urkunde nicht gefolgert werden dürfen (§. 258).

Der §. 259 schreibt vor, die Beweiskraft einer Urkunde, deren Aechtheit hergestellt, sei, je nachdem sie vom Angeschuldigten oder von Dritten herrühre, nach den Grundsätzen, welche über die Beweiskraft von Geständnissen oder Zeugnissen gelten, zu beurtheilen; es sei denn, daß die Urkunde die Thatsache selbst enthalte oder ausmache, welche das Verbrechen begründet, worauf die Anschuldigung geht.

Oeffentlichen Urkunden soll von dem Gericht in Bezug auf die darin bezeugten Thatsachen die nämliche Beweiskraft beigelegt werden, die sie im bürgerlichen Rechte haben, jedoch soll gegen sie der Beweis durch Zeugen und Vermuthungen ohne Beschränkungen stattfinden (§. 260).

Der §. 261 gestattet, die Ueberweisung des Angeschuldigten auch durch bloße Anzeigungen als hergestellt zu betrachten, wenn folgende Bedingungen zugleich vorhanden sind:

1) wenn der Thatbestand durch unmittelbare Beweismittel allein oder in Verbindung mit übereinstimmenden Anzeigungen hergestellt ist;
2) wenn mehrere Anzeigungen gegen den Angeschuldigten, deren jeder eine besondere Thatsache zum Grunde liegt, zusammentreffen; wenn ferner
3) die Thatsachen, welche diesen Anzeigungen zum Grunde liegen, nicht selbst bloß auf Anzeigungen beruhen, sondern durch unmittelbare Beweismittel allein oder in Verbindung mit Anzeigungen als rechtlich gewiß hergestellt sind.

Diese Ueberweisung des Angeschuldigten durch bloße Anzeigungen nach Maßgabe des §. 261 wird jedoch im §. 262 wieder für unstatthaft erklärt, wenn der Angeschuldigte nicht eine Person ist, zu der man sich nach ihrem frühern Lebenswandel, oder ihren persönlichen Eigenschaften, oder ihren besondern Beweggründen zur That des Verbrechens, dessen sie beschuldigt ist, versehen kann.

Wo die Ueberweisung des Angeschuldigten auf bloßen Anzeigen beruht, tritt nach §. 263 an die Stelle der Todesstrafe lebenslängliche Zuchthausstrafe.

Der §. 264 erlaubt dem Richter, Nebenumstände der That, welche die größere oder geringere Strafbarkeit des Verbrechens bestimmen, namentlich auch die Art des Verschuldens, das Dasein des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit in allen Fällen auf dem Wege der Schlußfolgerungen in rechtliche Gewißheit zu setzen.

Wir wollen gegen das Materielle aller Bestimmungen vom §. 254 an sich nichts einwenden, behalten uns aber vor, daraus, daß man sie überhaupt gegeben, ihre Unzweckmäßigkeit nachzuweisen.

Nach §. 265 sollen Anschuldigungsthatsachen jeder Art, folglich sowohl die That selbst mit allen Neben-

umständen, als auch die Ueberweisung des Angeschuldigten als rechtlich gewiß angenommen werden dürfen, wenn mehrere der nachfolgenden Beweisgründe zusammentreffen:

1) die Aussage eines beeidigten vollgültigen Zeugen, oder eines beeidigten Zeugen, der nach allgemeinen Regeln nicht zu den vollgültigen gehört, bei dem aber die Gründe des Verdachts durch die Umstände des einzelnen Falles entkräftet sind;
2) die Aussage des nicht als Ankläger aufgetretenen Beschädigten, selbst dann, wenn er bei herannahendem Tode die Thatsache vor mehreren Zeugen, die darüber gerichtlich und eidlich aussagen, mit Bestimmtheit versichert hat, er selbst aber vor seinem Tode vom Richter nicht mehr vernommen oder beeidigt werden konnte;
3) die Aussagen zweier zulässigen aber nicht vollgültigen beeidigten Zeugen;
4) die übereinstimmende Aussage zweier Angeschuldigten, wodurch sie einen Dritten als Mitschuldigen bezeichnen, unter folgenden Bedingungen:
   a) wenn keine Gründe vorhanden sind, anzunehmen, daß sie hiermit ihre eigene Schuld ganz oder theilweise auf den Dritten übertragen wollen, oder aus ihrer Angabe des Mitschuldigen besondere Vortheile für sich erwarten;
   b) wenn der dritte Beschuldigte eine Person ist, zu der man sich der That, deren er beschuldigt wird, versehen kann;
   c) wenn keine Umstände vorliegen, welche ein feindliches Verhältniß zwischen den Mitschuldigen und dem dritten Betheiligten nachweisen;
   d) wenn sie demselben die Beschuldigung bei der Gegenüberstellung oder bei der Schlußverhandlung in das Angesicht wiederholen;
   e) wenn keine Umstände vorliegen, welche anzeigen, daß die falsche Beschuldigung des Dritten zwischen den Angebern verabredet worden sei;
5) die Uebereinstimmung der Aussagen eines Mitschuldigen unter den Bedingungen von Nr. 4 mit der Aussage eines zulässigen aber nicht vollgültigen beeidigten Zeugen;
6) ein gehörig erwiesenes außergerichtliches Geständniß unter Umständen, welche den Ernst desselben darthun:
7) gerichtliche Acten oder andere öffentliche Urkunden, die wegen einer fehlenden Förmlichkeit zur Begründung vollkommener Beweiskraft nicht hinreichen.

Hier scheint uns das Ermessen des Richters auf der einen Seite gebunden, auf der andern Seite freigegeben, indem es ganz von ihm abhängt, wie viele Beweisgründe er unter den „mehrern" verstehen will, — ein klarer Beweis, welches Mißtrauen der Gesetzgeber selbst in eine consequente Durchführung des von ihm angenommenen Grundsatzes setzte.

Der §. 266 gestattet, eine Anschuldigungsthatsache jeder Art auch dann als rechtlich gewiß anzunehmen:

1) wenn und in so weit sie durch eine größere Anzahl von Mitschuldigen unter den Bedingungen des §. 265 Nr. 4 a. — e., oder von zulässigen, aber nicht vollgültigen beeidigten Zeugen, ebenfalls unter den Voraussetzungen des §. 265 Nr. 4 b. c. d. e, bestätigt ist; oder
2) wenn und in so weit die Aussage eines beeidigten vollgültigen Zeugen mit der Aussage eines Mitschuldigen unter den Voraussetzungen des §. 265 Nr. 4 a. — d., oder mit der Aussage eines nicht vollgültigen beeidigten Zeugen, ebenfalls unter den Voraussetzungen des §. 265 Nr. 4 b. c. d. e., übereinstimmt.

Nach §. 267 kann eine Anschuldigungsthatsache jeder Art endlich als rechtlich gewiß angenommen werden, wenn einer der im §. 265 Nr. 1 — 7 genannten Beweisgründe mit wenigstens einer Anzeigung zusammentrifft, und man sich zu dem Angeschuldigten des Verbrechens versehen kann, oder wenn einer der genannten Beweisgründe oder doch die Aussage eines zulässigen, aber nicht vollgültigen beeidigten Zeugen, oder die mit den Erfordernissen des §. 265 Nr. 4. a. - - d. versehene Aussage eines Mitschuldigen mit mehreren Anzeigungen, welche die im §. 261 Nr. 2 u. 3 geforderten Eigenschaften haben, zusammentrifft.

Beim Vorhandensein mehrerer Thatumstände, die in ihrem Zusammenhange eine Anzeigung begründen, und durch verschiedene vollgültige Zeugen bestätigt werden, soll, obwohl jeder Thatumstand für

sich nur durch einen einzelnen bestätigt ist, die Anzeigung als rechtlich gewiß angenommen werden dürfen. Ebenso soll verschiedenen Thatumständen, deren jeder eine besondere Anzeigung begründet, obwohl jeder für sich nur durch einen einzelnen Zeugen bestätigt ist, die Kraft mehrerer Anzeigungen zukommen, wofern sie nur im Ganzen durch eine größere Anzahl vollgültiger Zeugen bestätigt sind.

Fortgesetzte oder wiederholte Handlungen, welche von verschiedenen vollgültigen, jeweils aber nur einzeln stehenden Zeugen wahrgenommen wurden, dürfen ohne Unterschied, ob sie das Verbrechen selbst ausmachen oder nur eine Anzeigung begründen, gleichfalls als rechtlich gewiß angesehen werden (§. 268).

Nach §. 269 kann Personen, die nach ihrer gerichtlichen Einvernehmung, jedoch vor ihrer Beeidigung starben, oder die wegen ihres jugendlichen Alters nicht beeidigt werden dürfen, die nämliche Glaubwürdigkeit wie beeidigten, nicht vollgültigen Zeugen beigelegt werden, sofern sie zugleich Umstände angegeben haben, die sie allen Verhältnissen nach nicht hätten wissen können, wenn sie bei dem von ihnen bezeugten Vorgange nicht zugegen gewesen wären.

Auch bei dem Dasein der Voraussetzungen der §§. 248—269 sollen die Richter eine Anschuldigungsthatsache nur dann als wahr annehmen, wenn sie nach der Glaubwürdigkeit, welche den unmittelbaren Beweisen nach den Umständen des einzelnen Falls zukommt, und nach der Stärke der ineinandergreifenden, sich gegenseitig unterstützenden, auf keine nur irgend wahrscheinliche Weise anders erklärbaren Anzeigungen die vollkommene Ueberzeugung von der Wahrheit der Thatsache erlangt haben (§. 270).

Endlich darf eine Entschuldigungsthatsache als vorhanden angenommen werden, wenn sie sich den Umständen nach als wahrscheinlich darstellt, ohne daß es der in den §§ 248—270 gedachten Voraussetzungen bedarf.

Betrachten wir nun diese Beweistheorie in ihren einzelnen Theilen, so können wir in den Bestimmungen der §§. 265—268 keinen Schutz gegen die Verurtheilung Unschuldiger finden, der diese Bestimmungen doch vorbeugen sollten. Denn in diesen Bestimmungen hat man dem trügerischen Beweis durch bloße Verdachtsgründe, namentlich beim Zusammentreffen mehrerer Inzichten, offenbar ein zu großes Feld eingeräumt, und man ist jedenfalls darin zu weit gegangen, daß man dem Richter gestattete, Verdachtsgründe als bewiesen anzunehmen, wenn sie durch Verdachtsgründe wahrscheinlich gemacht sind. Durch solche Gesetze schützt man die Unschuld nicht, man verleitet durch sie den Richter zu ungerechten Urtheilen. Die Gefahr, welche jene Bestimmungen begründen, ist auch durch die dem Richter im §. 270 zugestandene Befugniß nicht beseitigt. Denn diese Befugniß, beim Vorhandensein der gehörigen Anzahl erlaubter Beweismittel doch freizusprechen, ist wieder von so vielen Voraussetzungen abhängig gemacht, daß dem Richter sehr schwer werden wird, Gebrauch davon zu machen.

Prüfen wir aber die Beweistheorie als Ganzes ohne alles Vorurtheil, so müssen wir zwar zugeben, daß der Plan ein fein erdachter, und der ausgeführte Bau ein sehr künstlicher ist; allein wir sind eben so fest überzeugt, daß die Anwendung dieser meisterhaft verschlungenen Regeln ihrem Zweck, eine der Wahrheit gemäße Entscheidung der Thatfrage zu verbürgen, keineswegs entsprechen wird, sondern eher dazu geeignet ist, diesem Zweck entgegen zu wirken. Wir haben bei diesem Urtheil natürlich nur solche Fälle im Auge, bei welchen die Entscheidung der Thatfrage unter allen Verhältnissen größern Schwierigkeiten unterliegt, leichte Fälle werden mit und ohne Beweistheorie leicht zu entscheiden sein.

Nehmen wir nun aber einen mäßig schwierigen Fall, bei welchem nur ein Theil der vielen erlaubten Beweismittel in Verbindung mit nicht erlaubten vorkommt, und denken wir uns selbst einen mehr als mittelmäßigen Kopf als Richter. Befindet sich derselbe, selbst wenn er sich noch so sehr bemüht hat, die Beweistheorie seinem Gedächtniß einzuprägen — was bei so künstlichen Schöpfungen gerade oft dem talentvollsten nicht möglich — befindet er sich nicht in einer wahrhaft bedauernswürdigen Lage? Muß er nicht während der Untersuchung mit seiner einzigen Urtheilskraft beständig zweierlei beachten? Hat er nicht bei jedem einzelnen Beweismittel, das vor seinen Augen entfaltet wird, genau zu prüfen, ob dasselbe nach all den verschiedenen Regeln an sich zu den erlaubten, ob es zu den unter gewissen Umständen erlaubten gehört, und ob die Voraussetzungen, unter welchen es ausnahmsweise zugelassen werden darf, vorhanden sind? Führt nicht die Frage über das Erlaubtsein der Beweismittel für solche Voraussetzungen wieder zu eben so

vielen Zweifeln? Und während nun der Richter mit allen diesen Zweifeln über die Form beschäftigt ist, soll er sich nebenbei eine Ueberzeugung über die Sache bilden, und zwar wieder nach den offenbar auf Schrauben gestellten Bestimmungen des §. 270? Der Richter soll zu gleicher Zeit seinem juristischen Formgewissen und seinem Gewissen als ehrlicher Mann genügen, das der §. 270 in eine juristische Formel gezwängt hat? Was kann bei einer solchen doppelten Beschäftigung, die sich gegenseitig unmöglich macht, herauskommen? Wir wollen versuchen, es vorher zu sagen.

Entweder wird der Richter seine Aufmerksamkeit auf beide Thätigkeiten vertheilen; dann wird er beim Schlusse der Verhandlung weder auf der einen noch auf der andern Seite zu einem Resultat gelangt sein. Oder er wird — und das werden alle Diejenigen thun, welche sich als Gesetzanwendungsmaschinen betrachten, deren es leider nicht wenige gibt — seine Aufmerksamkeit vorzugsweise der immer wiederkehrenden Formfrage zuwenden; dann wird er vielleicht mit sich ins Reine kommen, ob er verurtheilen darf, ob er, um mich juristisch auszudrücken, dazu legitimirt ist; er wird aber bei dieser Beschäftigung mit der Form seinen Geist von der materiellen Frage abgezogen, er wird kein Urtheil darüber haben, ob er als gewissenhafter Mann moralisch überzeugt sei; er wird sich diese Ueberzeugung durch künstliche, nicht durch das Mittel der öffentlichen Untersuchung verschaffen, und seine Entscheidung in der Hauptsache wird vom Zufall abhängen.

Betrachten wir einen dritten Fall. Der Richter — und so werden alle Männer eines freiern Gesichtkreises handeln, die den Muth haben, sich über Buchstabenkram zu erheben — wird die Hauptsache, und somit die Frage: ob er sich von der That und der Thäterschaft überzeugen könne, im Auge behalten; er hat sich diese Frage nach bestem Gewissen bejahen oder verneinen müssen; er hat auch die Schwierigkeiten des §. 270 besiegt; was wird nun aber aus der Formfrage werden? Täuschen Sie sich nicht, meine Herren! Sein, nach innerer Ueberzeugung wohl begründetes Urtheil über die Hauptsache läßt sich ein solcher Richter nicht mehr nehmen, die Zweifel der Form werden für ihn keine Zweifel mehr sein, sein Scharfsinn und die künstlich gegliederte Beweistheorie werden ihm zu Hülfe kommen, und werden ihm zu Entscheidungsgründen darüber verhelfen, daß eine hinlängliche Anzahl von erlaubten Beweismitteln vorhanden oder nicht vorhanden sei. Was haben wir aber dann? Einen rechtsgelehrten, vom Staat angestellten Richter, der, aller Beweistheorie zum Trotz, als Geschworner geurtheilt, einen erleuchteten Richter, der, weil er glaubte, sich vernünftiger Weise nicht anders helfen zu können, sich über das Gesetz erhoben hat.

Wer die eben geäußerten Besorgnisse für ungegründet oder doch für übertrieben halten wollte, den erlauben wir uns, an die Geschichte unseres jetzt noch in der Praxis bestehenden Indicienbeweises zu erinnern. Lange Jahre dachte kein badischer Richter daran, auf bloße Inzichten ein Strafurtheil zu erlassen, weil die Carolina bei bloßen Inzichten nur gebot, auf die Folter zu erkennen, und kein neueres Gesetz so weit gegangen war, an die Stelle der Folter die Verurtheilung selbst zu setzen. Als aber die badischen Richter nur zu häufig wegen Mangels directen Beweises Angeklagte freisprechen mußten, von deren Schuld sie überzeugt waren; da schufen sie sich selbst, durch künstliche Auslegung von Gesetzen, das Recht, auf Indicien zu verurtheilen; wobei noch als ganz eigene Erscheinung verdient erwähnt zu werden, daß die Ansichten über Zahl und Stärke der Inzichten, so wie darüber, ob einiger und wie viel directer Beweis erfordert werde, sehr verschieden sind, daß aber der Hintergedanke immer die moralische Ueberzeugung nach dem Totaleindruck bleibt, so daß hiernach heute schon unsere Gerichte oft als Geschwornengerichte urtheilen.

Aus dem oben Ausgeführten folgt aber zweierlei: einmal, daß das Gesetz schlecht ist, weil es sonst einen erleuchteten Richter nicht in die Lage bringen müßte, keinen andern Ausweg zu finden, als sich über dasselbe hinwegzusetzen oder unvernünftig zu handeln; eine sehr schlimme Folge ist aber auch die, daß der Richter, der sich einmal für berechtigt geglaubt hat, das Gesetz nicht zu beachten, auch in andern Fällen an diese Berechtigung glauben wird. Mit einem Wort: wir haben ein schlechtes Gesetz, das den Richter an die Willkür gewöhnen wird; wir haben das Gegentheil von dem, was wir haben sollten.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. N^ro. 6. Karlsruhe, den 6. Februar 1847.

I.

1) Wer nach §. 118 der Proceßordnung einen Dritten zum Streite beiladen läßt, der muß die Erklärung des Beigeladenen auch gegen sich gelten lassen.

2) Der Landrechtsatz 694 findet auch auf unständige offene Dienstbarkeiten Anwendung.

In Sachen Graß gegen Wuchner, Durchfahrtsrecht betreffend, bestätigte das Hofgericht des Oberrheinkreises durch Urtheil vom 20. Nov. vorigen Jahrs den amtlichen Bescheid, wodurch der Kläger mit seiner Negatorienklage abgewiesen wurde.

Entscheidungsgründe.

Mit der hier angestellten Klage bestreitet Kläger dem Beklagten das Recht, über den oben an ihren beiden Häusern befindlichen, auf dem vorgelegten Handrisse mit lit. d. bezeichneten Platz auf die allgemeine Straße zu fahren.

Diese Klage, welche sowohl hiernach als auch nach ihrer thatsächlichen Begründung eine Negatorienklage ist, stützt sich auf die Behauptung, daß Kläger durch den Kauf vom Jahre 1831 Eigenthümer des fraglichen Platzes geworden sei. Der Beklagte bestritt dieß und behauptete überdieß, daß schon seinem Rechtsvorfahrer das nun vom Kläger bestrittene Recht zugestanden worden sei, dasselbe daher auch ihm zukommen müsse.

Es wurde dem Kläger vom Unterrichter der Beweis aufgelegt, daß er im Jahre 1831 von Wendelin Graß die auf dem Plane mit lit. a. bezeichnete Behausung nebst dem dazu gehörigen Hausplatz lit. D. des Planes gekauft und diesen Erwerb durch Eintrag ins Grundbuch gewahrt habe. Um diesen Beweis zu führen, hat nun Kläger auf den gemeinschaftlichen Besitzvorfahrer der streitenden Theile provozirt, und um dessen Beiladung zum Streite gebeten, damit er die Behauptungen des Klägers bestätige. Diese Beiladung ist geschehen und nachdem der Unterrichter auf die Erklärung des Beigeladenen keine Rücksicht genommen hat, beschwert sich der appellantische Anwalt darüber, daß die Beiladung (resp. das Resultat derselben, da sie schon erfolgt war) verworfen worden sei. Daß unter solchen Umständen der Kläger die Erklärung des Adcitaten nicht einseitig zu seinem Vortheile benützen darf, sondern dasjenige, was sie gegen ihn enthält, ebenfalls für maßgebend anerkennen muß, folgt schon aus der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel und daraus, daß das in dieser Instanz angerufene Protokoll über die Erklärung des Beigeladenen mindestens wie die Berufung auf jede andere Urkunde beurtheilt werden muß. Bei dem entscheidenden Gewichte, welches der Kläger selbst auf jene Erklärung — als von dem gemeinschaftlichen auctor herrührend — legt, muß der Grundsatz — nec ipse credidit et quod protulit is, contra quem et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset (Nov. 49 c. 2) — auf den vorliegenden Fall überdieß noch strengere Anwendung leiden.

Nun geht aber aus jener Erklärung deutlich hervor, daß der Rechtsvorfahrer des Klägers, wenn er ihm auch den betreffenden Platz verkaufte, doch den Gebrauch des darauf befindlichen Weges nicht aufgegeben hat, und daß jener Weg nach wie vor als ein zur gemeinschaftlichen Benützung für die Hausbesitzer bestimmter Weg angesehen und befahren worden ist, daß endlich der gemeinschaftliche Rechtsvorfahrer bei der letzten Veräußerung seines Hausantheiles an den Beklagten im Jahre 1840

auch diese Fahrgerechtigkeit mit übertragen wollte. Nimmt man aber auch nur soviel als hiedurch erwiesen an, daß jener Weg schon vor der ersten Veräußerung bestanden hat, und erwägt man, daß dieser Fahrweg nach der Lage des Ortes und der Wohnungen schon durch sein bloßes Dasein anzeigte, daß er insbesondere auch zum Vortheile des jetzigen Wohnhauses des Beklagten bestimmt war, so muß man die Existenz des Weges als ein sichtbares Zeichen einer Dienstbarkeit im Sinne des Landrechtsatzes 694 betrachten.

Wenn nämlich dieser Satz ein sichtbares Zeichen einer Dienstbarkeit voraussetzt, so ist damit keineswegs gesagt, daß nur solche Dienstbarkeiten, welche regelmäßig zu den offenen und selbstständigen gehören, der Anwendung jenes Satzes unterliegen, sondern es kann, wie von den besten Autoritäten und durch vielfache Präjudizien *) anerkannt ist, auch das Bestehen eines Fahrweges unter den oben angeführten Umständen als sichtbares Zeichen einer Dienstgerechtigkeit betrachtet werden und der wahre Sinn des Satzes 694 geht gerade dahin, daß die sichtbare Bestimmung eines Grundstückes zu einem gewissen, einem andern Grundstücke vortheilhaften Zwecke durch die Veräußerung des einen Grundstückes nicht aufhören soll, wenn der Erwerber des belasteten Theiles schon vor der Erwerbung sehen und an dem äußeren Merkmale erkennen konnte, daß eine solche Bestimmung vorhanden sei, demungeachtet aber keine Verwahrung einlegte. Im vorliegenden Falle trifft diese Voraussetzung umsomehr zu, als der Beigeladene die Thatsache bestätiget hat, daß auch nach dem Abschlusse des Vertrages der Weg von seiner Seite fortbenützt wurde, indem in dieser Handlungsweise, die von der andern Seite geduldet wurde, ein sehr erheblicher Beweis für die Absicht der Contrahenten bei der Veräußerung zu finden ist. Hiernach kann dem Beklagten das Recht der Wegbenützung nicht aberkannt werden, und es kömmt daher nicht weiter darauf an, ob unter dem in der Rechtsurkunde des Klägers vorkommenden Ausdrucke: „Hausgerechtigkeit" — das unbeschränkte Eigenthum an dem damit gemeinten Platze verstanden werden muß, so wie es denn auch ganz unerheblich ist, welcher Platz als Hausgerechtigkeit beim Kaufabschlusse, bezeichnet wurde.

Aus diesen Gründen wurde mit Rücksicht auf §. 169 der Proceßordnung wegen der Kosten erkannt.

Haager.

*) Vergl. Zachariä Handbuch §. 252. Annalen XI. Beiblatt S. 7.
D. E.

II.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Annalen von 1845. Nr. 29.)

Zu dem unter dieser Aufschrift in Nr. 29 des XIII. Jahrgangs enthaltenen Aufsatz hat die Redaktion dieser Blätter einige Anmerkungen gemacht, gegen welche ich mir folgendes zu erwidern erlaube:

1) Es mag sein, daß Brauer bei der Uebersetzung des Art. 189 des Handelsrechts keine Aenderung des französischen Textes beabsichtigte. Gleichwohl enthält der publicirte Wortlaut des Art. 189 eine solche Fassung, daß wir daraus keineswegs entnehmen können, als sei die fünfjährige Verjährung auch auf die Klagen gegen den Bezogenen anwendbar. Die Frage ist daher, ob wir mittelst logischer Interpretation diese kurze Verjährung auch auf den Bezogenen ausdehnen dürfen? Ich habe auszuführen versucht, daß, welche auch immer die Ansicht oder Absicht Brauers gewesen sein mag, diese nicht maßgebend sein kann, weil für uns nur das als Gesetz gilt, was der Gesetzgeber als solches publicirt hat. Die Meinung Brauers, er habe durch seine Uebersetzung den französischen Text nicht geändert, kann daher dann nicht in Betracht kommen, wenn der Wortlaut des Gesetzes eine Aenderung klar und unzweifelhaft darstellt. Ich habe weiter darauf hingewiesen, daß, wenn selbst der Gesetzgeber die Ansicht Brauers getheilt hätte, worüber aber in unserm Fall gar keine Nachweisungen vorliegen, daß selbst in diesem Fall eine ausdehnende Erklärung des Gesetzes unzulässig wäre, weil Verjährungen jura singularia sind, und darum nicht einmal auf ähnliche Fälle, geschweige denn auf einen ganz verschiedenen Fall, ausgedehnt werden dürfen.

Thibaut, Pandektenrecht §. 49.

Zachariä, franz. Civilrecht, 4. Auflage §. 40.

Die Artikel 6. a. und 6. b. unseres Landrechts scheinen diese Auslegungsregel insoweit zu unterstützen, als darin nur der Wortlaut des Gesetzes und die folgerichtige Ableitung daraus für maßgebend bezeichnet ist. In der Anmerkung der Redaction wird mir nun entgegen gehal-

ten, „daß Art. 187 des Handelsrechts alle Verfügungen für gezogene Wechsel auf die eigenen Wechsel für anwendbar erklärt, und man daher nicht begreifen könnte, wie der badische Gesetzgeber, welcher hier das französische Recht unbedingt adoptirt, im S. 189 ohne ersichtlichen Grund eine Abweichung, welche durchaus inconsequent und dem ganzen System des Wechselrechts zuwider wäre, beliebt haben könnte."

Ist es nun auch richtig, daß Art. 187 die angeführte Bestimmung enthält, so kann hieraus keine Folge für unsere Frage gezogen werden, weil diese überhaupt nicht bei eigenen, sondern nur bei gezogenen Wechseln vorkommen kann. Es könnte auch nicht auffallen, wenn der badische Gesetzgeber in Bezug auf eigene Wechsel das französische Recht adoptirt, in Bezug auf gezogene Wechsel aber abgeändert hätte. So z. B. hätte man recht wohl die Eigenthümlichkeit des französischen Wechselrechts, wornach alle gezogenen Wechsel von einem Ort auf einen andern gestellt sein müssen, im Badischen aufheben können, ohne an dem System der eigenen Wechsel das Geringste zu ändern; im Gegentheil wären beide Wechselarten gerade dadurch einander näher gebracht worden. Man darf übrigens nicht übersehen, daß Art. 187 sich auf alle vorausgehenden Verfügungen, nicht aber auf die in Art. 189 erst abgehandelte Verjährung der Wechsel bezieht, und auch schon deßhalb nicht darauf bezogen werden kann, weil Art. 189 von beiden Wechselarten handelt, und deren Verjährungszeit angibt. Durch den Art. 187 wird daher für die Auslegung des Art. 189 nichts gewonnen. Ist aber die Abweichung von dem französischen Recht in Art. 189 auch unabsichtlich, oder ohne ersichtlichen Grund, — wie ich selbst zugestehe, so ist sie dennoch nicht incosequent und dem ganzen System des Wechselrechts zuwider. Bei gezogenen Wechseln ist der Acceptant der Hauptschuldner, der Aussteller dagegen sammtverbindlicher Bürge. Der Inhaber muß seine Zahlung zunächst bei dem Bezogenen fordern, und erst wenn dieser nicht zahlt, und diese Zahlungsweigerung durch eine öffentliche Urkunde (Protest) constatirt ist, kann auf den Aussteller gegriffen werden. Selbst wenn der Protest nicht zur rechten Zeit gemacht würde, haftet der Aussteller, insofern er nicht beweist, daß er dem Bezogenen die Deckung übermacht hatte. Diese Haftbarkeit des Ausstellers auf eine kurze Zeit zu beschränken, ist gewiß hinreichender Grund vorhanden. Schon die Analogie seines Verhältnisses mit dem eines Indossanten, gegen welchen der Rückgriff an sehr kurze Fristen gebunden ist, (s. Art. 166 des Handelsrechts), rechtfertigt die kurze Verjährungszeit für die Klage gegen den Aussteller; ferner die Betrachtung, daß der Aussteller, welcher Deckung gegeben hat, in Gefahr ist, zweimal zahlen zu müssen, wenn der Bezogene in der Zeit zwischen dem Protest und der Rückgriffsklage zahlungsunfähig wird. Der Gesetzgeber hat um so mehr Ursache, diese Zeit abzukürzen, weil der Wechsel-Inhaber, der die Zeit zur Rückgriffsklage verstreichen läßt, es nur seiner eigenen Saumseligkeit zuzuschreiben hat, wenn ihm die Einrede der Verjährung entgegengehalten wird; und weil er, wenn auch diese Einrede begründet ist, immer noch gegen den Bezogenen klagen kann. Ist dieser unterdessen zahlungsunfähig geworden, so ist es doch weit mehr der Billigkeit angemessen, daß der Wechsel-Inhaber, welcher mit seiner Klage so lange gezögert hat, den Schaden leide, als der Aussteller, welcher bei der Verzögerung ganz unschuldig ist.

Für den Bezogenen sprechen die Gründe nicht in gleichem Grade. Hat er nämlich nicht acceptirt, so findet überhaupt keine Klage gegen ihn statt. Hat er dagegen acceptirt, so ist er Hauptschuldner des Wechsels und hätte schon bei Verfall den Wechsel zahlen sollen. Er hat schon darin gefehlt, daß er nicht zahlte, und hierdurch einen Protest veranlaßte. Da der Protest die Bedingung der Klage gegen den Aussteller ist, so trägt der Bezogene die Schuld, daß gegen den Aussteller überhaupt geklagt werden kann. Wir können uns nun zwei Fälle denken: Der Bezogene hatte Deckung vom Aussteller. In diesem Fall ist er gar nicht zu entschuldigen, wenn er nicht zahlte, und es ist kein Grund vorhanden, ihn durch eine kurze Verjährung zu schützen. Oder er hatte keine Deckung. In diesem Fall ist der Bezogene dabei interessirt, den Wechsel sobald als möglich einzulösen, um auf den Grund der geleisteten Zahlung vom Aussteller den Ersatz verlangen zu können. Der Gesetzgeber könnte sich daher veranlaßt finden, ihn durch eine kurze Verjährung zu schützen, wie es auch im code de commerce geschehen ist. Dieser Schutz ist aber darum nicht absolut nothwendig, weil der Bezogene sogleich bei Vorzeigung des Wechsels hätte zahlen, und den Ersatz

vom Aussteller verlangen können — und weil, wenn der Wechsel nicht einmal zur Zahlung vorgezeigt wurde, ihm freistand, sich durch Darlegung und Hinterlegung des Wechselbetrags zu befreien, wie ihm solches z. B. nach Frankfurter Wechselrecht ausdrücklich gestattet ist.

Gesetz vom 12. Nov. 1844 §. 15.

Hieraus mag man entnehmen, daß eine Gesetzgebung, ohne Inconsequenz einen Unterschied zwischen der Verjährungszeit der Klagen wider den Aussteller und wider den Acceptanten machen kann. Das Frankfurter Wechselrecht stellt auch wirklich den Aussteller auf gleiche Stufe mit den Indossanten, und gestattet keine Klage wider den Aussteller, wenn nicht protestirt wurde. Ist dagegen protestirt worden, so muß der Protest innerhalb zwei Tagen an den Indossanten oder Aussteller, wider welchen man den Rückgriff nehmen will, gesendet werden. Ist der Protest verspätet, so ist der Aussteller, wie die Indossanten frei; dagegen kann eine Civilklage gegen den Aussteller auf Rückgabe dessen, was er vom Remittenten erhalten hat, insofern er sich dadurch bereichern würde, d. h. wenn er keine Deckung gegeben hat, angestellt werden. Frankfurter Wechsel-Ordnung Artikel 27. Senatsbeschluß vom 4. September 1798.

2) Eine andere Anmerkung der Redaction betrifft die Frage, von welcher Zeit an die Verjährung des Art. 189 a des Handelsrechts läuft, ob vom Tag des Protests oder vom Tag, da nach §. 741 der Proceßordnung der persönliche Verhaft beantragt werden kann, i. e. vom Tag, da das Urtheil vollstreckbar ist? Hier glaubt die Redaction die Antinomie, welche scheinbar zwischen Art. 189 a. und §. 741 der Proceßordnung besteht, dadurch zu heben, daß sie annimmt, es könne nach Art. 186 a. a. der persönliche Verhaft sogleich mit der Klage als Sicherheitsmittel beantragt werden; dieser Antrag auf Sicherheits-Arrest verjähre nach Art. 189 a in einem Jahr vom Tag des Protestes; dagegen sei Art. 189 a. nicht auf den im Vollstreckungsweg zu erwirkenden Arrest anwendbar.

Man könnte sich versucht fühlen, dieser scharfsinnigen Erklärung jener Gesetzesstellen beizupflichten, wenn nicht schon der Wortlaut des Art. 186 a. a. entgegenstünde. Dieser spricht nämlich durchaus nicht von einem Sicherheits-Verhaft, sondern „von dem Recht, durch Zugriff auf die Person des Schuldners die Zahlungshülfe zu suchen," mithin von dem Verhaft, als Zwangsmittel, um die Zahlung zu erwirken. In der Praxis ist auch, so viel mir bekannt, dieser Artikel nie anders verstanden worden. Dagegen gibt Artikel 172 des Handelsrechts einen Sicherheits-Arrest auf den Grund von Wechseln, jedoch beschränkt auf die fahrende Habe des Wechselschuldners. Sollte man nicht schon daraus folgern können, daß ein persönlicher Verhaft als Sicherheitsmittel nicht statt findet?

Die Proceßordnung gestattet den Sicherheits-Arrest nur, wenn Gefahr vorhanden ist, und zunächst nur auf das Vermögen des Schuldners s. §. 675; der persönliche Verhaft als Sicherungsmittel findet nur statt, wenn der dingliche Arrest nicht zureicht, und gegen Inländer nur dann, wenn sie auf der Flucht begriffen oder derselben verdächtig sind.

„Eine Ausnahme von dieser Vorschrift begründet nur die Wechselverbindlichkeit." Proceßordnung §. 680. Wie ist diese Ausnahme zu verstehen? Findet auf den Grund der Wechsel überhaupt persönlicher Verhaft als Sicherungsmittel statt? So scheint die Redaction diesen Paragraphen der Proceßordnung zu verstehen. Diese Ansicht dürfte aber nicht haltbar sein. Denn §. 680 setzt überall voraus, daß zur Erwirkung des persönlichen Verhafts jedenfalls die Erfordernisse des dinglichen Arrests, mithin die Gefahr vorhanden ist, und läßt auch bei dieser Voraussetzung den persönlichen Verhaft nur unter weitern Beschränkungen zu. Diese weitern Beschränkungen sollen auf Wechsel keine Anwendung finden, vielmehr auf den Grund derselben der persönliche Verhaft unter den nämlichen Voraussetzungen, wie der dingliche, i. e. wenn eine Gefahr nachgewiesen wird, statt finden. Das durch das Handelsrecht und die Proceßordnung begründete System über Wechsel-Arreste ist demnach dieses:

1) Ein Sicherheits-Verhaft findet in allen Fällen auf die fahrende Habe des Wechselschuldners statt;

Art. 172 des Handelsrechts.

der persönliche Verhaft dagegen nur, wenn eine Gefahr im Sinne des §. 675 der Proceßordnung nachgewiesen werden kann.

2) Als Zwangsmittel zur Betreibung einer Wechselforderung findet der persönliche Verhaft im Vollstreckungsweg statt.

Proceßordnung §. 741.

Hiernach würde durch die Unterscheidung zwischen Sicherheits- und Zwangs-Arrest die Frage, von welchem Tag die Verjährung des Art. 189 a. läuft, keine Lösung erhalten.

Dr. Ladenburg.

III.

Rechtsfall.

Anerkennung einer Grunddienstbarkeit. — Die von dem Gemeinderath innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit aufgenommenen Protokolle sind öffentliche Urkunden.

Samuel Lehn von Brombach übergab im Jahr 1841 sein Vermögen an seinen Sohn Adam Lehn, dieser wollte nun eine von dem Anstößer Johann Laier über eines der übergebenen Grundstücke bisher ausgeübte Ueberfahrt nicht mehr dulden und erhob eine Negatorienklage. Laier, welcher eine Dienstgerechtigkeit erworben zu haben behauptete, berief sich auf einen Vertrag, auf Ersitzung und auf die Lage der Grundstücke (Landrechtsatz 682); unterlag aber in erster Instanz. In zweiter Instanz machte er, außer dem früher Vorgetragenen, wovon hier nicht weiter die Rede sein wird, noch weiter geltend: der Vater des Klägers habe das Grundstück, über welches die Ueberfahrt angesprochen werde, am 14. März 1815 von den Johann Georg Beisel'schen Eheleuten gekauft und es sei im §. 3 des Kaufvertrags ausdrücklich die Bestimmung enthalten: „Sind Käufer verbunden, die nöthigen Dungwege, sowie auch zur Wegführung der Früchte, welche auf den sogenannten Heimstäckern gebaut werden, jedoch ohne nachtheiligen Schaden, durch ihres gekauftes Grundstück zu gestatten."

Da Kläger den Acker durch Vermögensübergabe von seinen Eltern erhalten habe, müsse er die darauf ruhenden Lasten anerkennen. Der Kläger bestritt die Richtigkeit und die Erheblichkeit der angeführten Vertragsbestimmung, obgleich er zugab, daß sein Vater das Grundstück im Jahre 1815 von den J. G. Beisel'schen Eheleuten erkauft habe und daß das anstoßende Grundstück des Beklagten zu den Heimstäckern gehöre. In dem zum Beweis vorgelegten Grundbuch der Gemeinde Brombach war der Kaufvertrag vom 14. März 1815 eingetragen und es enthielt der §. 3 desselben die angeführte Stelle. Der Kläger erklärte jedoch die unter dem Vertrag befindliche Unterschrift seines Vaters für falsch und bestritt die Beweiskraft des Grundbucheintrags, weil er nicht von dem Rathschreiber beglaubigt sei.

Sämmtliche Einträge in dem Grundbuch waren augenscheinlich nur Abschriften und es gab nunmehr der Beklagte weiter an: die eigentliche Vertragsurkunde sei von dem Gemeinderath aufgenommen und dem Amtsrevisorat zum Zweck der Ausfertigung der Kaufbriefe und der Ansetzung der Kaufaccise übergeben, von diesem aber mit den sogenannten Kaufbuchsextrakten in einem besonderen Fascikel aufbewahrt worden; sie sei zwar „Auszug aus dem Grundbuch" überschrieben, aber gleichwohl die Urschrift. Er verlangte die Vorlage dieser Urkunde.

Bei dem Amtsrevisorat befand sich denn auch eine Sammlung der Kauf- und Grundbuchauszüge der Gemeinde Brombach von 1812 bis 1820, sie wurde vorgelegt. Der Kläger, welcher sich auf den Ausdruck „Auszug" stützte, widersprach aber, daß es die Urschrift sei und läugnete die Unterschrift seines Vaters ab. Dieser, zum Streite beigeladen, erklärte: die Namensunterschrift unter der Urkunde habe mit der seinigen sehr viele Aehnlichkeit, doch wisse er sich jetzt nicht mehr bestimmt zu erinnern, ob er dieselbe eigenhändig geschrieben habe.

Ohne den Aechtheitsbeweis der Unterschrift aufzulegen, bestätigte das Hofgericht des Unterrheinkreises mit Urtheil vom 29. April 1846 die Abweisung des Klägers. Die Entscheidungsgründe sind:

. . . Zur Begründung der in dieser Instanz nachgetragenen Einrede beruft sich der Beklagte auf den in das Grundbuch der Gemeinde Brombach eingetragenen Vertrag vom 14. März 1815, wornach Johann Georg Beisel, als er das kläger'sche Grundstück an Samuel Lehn verkaufte, ausdrücklich ausbedungen hat, daß Käufer die zur Bebauung der sogenannten Heimstäcker nöthige Durchfahrt gestatten müsse.

Das Gut des Beklagten gehört unbestritten zu den Heimstäckern und war nach seiner Angabe in der Vernehmlassung vom 13. December 1843 zu jener Zeit (im Jahre 1815) gleichfalls Eigenthum des Verkäufers, Johann Georg Beisel, so daß also anzunehmen wäre, es habe derselbe, weil durch die Veräußerung des einen Grundstücks das andere von der Straße abgeschnitten wurde,

zu Gunsten des letztern dem veräußerten eine Wegdienstbarkeit auferlegt und enthalte der Vertrag den Rechtstitel für die Bestellung der Dienstbarkeit. Sieht man aber hievon ab, weil der Beklagte seine spätere Einredebegründung nicht hierauf gestützt hat *), so enthält der Kaufvertrag mindestens die Bestätigung einer bereits vorhandenen Last des Grundstückes, und da Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat, konnte Samuel Lehn das Grundstück, welches er als ein belastetes erworben hat, seinem Sohne, dem Kläger, nicht als ein freies übergeben. Es erscheint die Einrede daher jedenfalls als begründet und kann dem die Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums verlangenden Kläger der mit diesem Begehren im Widerspruch stehende Erwerbstitel seines Rechtsvorgängers entgegengehalten werden.

Zum Beweis seiner Einrede hat sich der Beklagte auf das Grundbuch der Gemeinde Brombach und auf die von dem Amtsrevisorat aufbewahrte Sammlung der Grundbuchauszüge berufen und es hat Kläger diese Urkunden für das anerkannt, wofür sie ausgegeben wurden, nur hat er deren Beweiskraft beanstandet, weil die Bücher nur Abschriften und nicht das Original des Kaufvertrags enthalten und er hat die Unterschrift des Samuel Lehn abgeläugnet.

Es sind nun auch in dem von dem Gemeinderath vorgelegten Grundbuch sämmtliche Einträge augenscheinlich nur Abschriften, dagegen ist es ebenso klar, daß in der von dem Amtsrevisorat aufbewahrten Sammlung die Originalprotokolle des Gemeinderaths zusammengebunden sind, obgleich dieselben nur als „Extractus“ bezeichnet werden. Die Einträge in beiden Büchern nehmen auf einander Bezug und es ergibt sich aus denselben, daß nach damaliger Uebung die Gemeinderaths-Protokolle zur Fertigung der Kaufbriefe in Urschrift an das Amtsrevisorat abgegeben wurden und daß nur eine Abschrift davon zu dem Grundbuch der Gemeinde kam, daß also das Amtsrevisorat die eigentlichen Bestandtheile des Grundbuchs erhielt, weßhalb denn auch die von ihm gesammelten Gemeinderathsprotokolle gleichfalls die Ueberschrift führen „Brombacher Grundbuch von 1810 bis 1823.“ Beide Bücher bilden sonach in ihrer Verbindung das Grundbuch und da die Einträge in beiden gleichlautend sind, die Instruktion über die formelle Führung der Grundbücher aber erst vom Jahre 1824 ist, erscheint es als völlig gleichgültig, ob das Amtsrevisorat oder der Gemeinderath die Originalprotokolle aufbewahrte.

Da nun aber der Gemeinderath die Stelle ist, welche die Erklärungen der Parteien, die einen Grundbucheintrag nachsuchen, aufzunehmen hat, so steht auch seinen Protokollen nach Landrechtsatz 1317 die Kraft öffentlicher Urkunden zu und es ist das Abläugnen der Unterschrift des Samuel Lehn unerheblich, weil die Urkunde nicht zugleich als verfälscht angefochten wurde.

Es ist demnach erwiesen, daß auf dem Grundstück des Klägers eine Wegdienstbarkeit zu Gunsten des Grundstückes des Beklagten lastet und es mußte somit die Klage abgewiesen werden, ohne daß es einer weiteren Erörterung des sonstigen Vorbringens des Beklagten bedürfte . . . . .

Das Großh. Oberhofgericht hat mit Urtheil vom 26. November 1846 das hofgerichtliche Urtheil bestätigt

---

*) Von einem natürlichen Rechtsgefühl geleitet, hatte der Beklagte in seiner ersten Antwort auf die Klage erklärt, daß er auf andere Weise nicht zu seinem Grundstück gelangen könne, auch beide Aecker früher gleichzeitig von J. G. Beisel besessen worden seien. Weder der Richter, noch der nachher von dem Beklagten aufgestellte Anwalt legten auf diese Angabe irgend Gewicht und sie wurde darum gänzlich außer Acht gelassen, obgleich sie zu Begründung des Anspruchs auf die Durchfahrt am meisten geeignet war. Denn der Veräußerer muß die Sache so übergeben, daß sie benutzt werden kann; wenn durch die Theilung eines Gutes und Veräußerung des einen Theils, der andere von der Straße so abgeschnitten wird, daß er keinen Ausweg hätte und darum nicht benutzt werden könnte, muß daher stets unterstellt werden, es sei stillschweigende Bedingung gewesen, daß die Durchfahrt über den vorliegenden Theil vorbehalten bleibe. conf. Oberhofgerichtliche Jahrb. N. F. VII. S. 248 ff. Würde der Vertrag also auch einen ausdrücklichen Vorbehalt nicht machen, so müßte gleichwohl das Durchfahrtsrecht als ein nothwendiges Zugehör des veräußerten Gutes angesehen und als stillschweigend bewilligt, namentlich dann erkannt werden, wenn die nachfolgende Uebung diese zu vermuthende Absicht der Vertragspersonen außer Zweifel stellt.

Die häufig sehr verwickelten und langwierigen Rechtsstreitigkeiten über Wegdienstbarkeiten würden gewiß sehr vereinfacht, wenn da, wo es sich um Nothwege handelt, stets untersucht würde, wie das Grundstück in die isolirte Lage gekommen ist, ob es nicht früher mit dem zwischen ihm und der Straße liegenden vereinigt war u. nur durch Theilung oder Veräußerung abgeschnitten wurde.

D. E.

und die demselben beigefügten Entscheidungsgründe adoptirt.

Mit diesen Gemeinderathsprotokollen sind jedoch die von dem Rathschreiber allein aufgenommenen Urkunden nicht zu verwechseln, diese können nicht als öffentliche Urkunden angesehen werden, weil dem Rathschreiber die Zuständigkeit zu deren Aufnahme fehlt.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises hat dieß in einem andern Falle *) ausgesprochen und in den Entscheidungsgründen hierüber angeführt:

Der Rathschreiber hat nach §. 46 der Gemeindeordnung das Rathsprotokoll zu führen und die Ausfertigungen des Bürgermeisters und Gemeinderaths, sowie alle Kanzleigeschäfte zu besorgen, also auch die Einträge in das nach §. 42 der Gerichtsordnung dem Gemeinderath zur Führung überlassene Grundbuch unter dessen Mitwirkung zu fertigen. Die Aufnahme von Vertragsurkunden liegt aber nicht in dem Kreis seiner Dienstgeschäfte und es ist darum auch die von dem Kläger vorgelegte Urkunde nicht als eine öffentliche zu betrachten, Landrechtsatz 1317. Es ist zwar dem Rathschreiber nicht verwehrt, die in das Grundbuch einzutragende Vertragsurkunde auf Verlangen der Partheien selbst aufzunehmen; er erscheint aber dabei wenigstens dann, wenn er für sich allein und nicht als Protokollführer des Gemeinderaths handelt, nur als Bevollmächtigter der Partheien und es hat darum die Urkunde lediglich die Natur einer Privaturkunde.

cf. §. 3 der Verordnung vom 2. April 1833. Regierungsblatt Nr. XV. Nüßlin **).

IV.

Ueber die Anwendbarkeit des Landrechtsatzes 695 auf Erbgülten.

Von dem Großherzoglichen Oberhofgericht wurde folgender Rechtssatz aufgestellt:

Ein Anerkenntniß, welches nach Landrechtsatz 695 vergl. mit Landrechtsatz 1337 den ursprünglichen Titel eines Gültrechts ersetzen soll, kann diese Wirkung nur insofern haben, als es schon vor dem 1. Januar 1810 geschah, oder doch als später geschehen, dahin geht, daß und wie das Gültrecht schon vor dem 1. Januar 1810 zu Stande gekommen sei.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher, neue Folge VI. Jahrg. Seite 550—556.

Das Hofgericht des Oberrheinkreises hat früher in mehreren Fällen nach dieser Ansicht entschieden, ist aber in neuerer Zeit hievon abgegangen, und hat sich der Meinung zugewendet, daß der Landrechtsatz 695 auch auf Erbgülten unbedingt Anwendung finde. Hiernach wurde namentlich in Sachen Kageneck gegen Laule erkannt. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen:

„Hinsichtlich des Beweises der Dienstgerechtigkeiten verordnet der Satz 695 des Landrechts die Ausnahme von der Regel des Satzes 1337, daß die bloße Anerkennung auch ohne Angabe des Titels der Entstehung ein genügendes Beweismittel sei, indem diese Anerkennung den Titel ersetzen, d. h. statt desselben dienen soll, während sonst die Anerkennungsurkunden den Titel der Entstehung enthalten müssen, also denselben nicht ersetzen, sondern wiederholen.

Da diese Ausnahme von den minder begünstigten unständigen Dienstbarkeiten gilt, ist sie um so mehr auf offene Servituten anwendbar, weil hier das sichtbare Merkmal derselben noch zu der Urkunde hinzutritt und es ist daher bei jeder actio confessoria, die sich auf eine solche Anerkennung gründet, stets Sache des Beklagten, das Anerkenntniß anzufechten, wenn er dasselbe nicht gegen sich gelten lassen will; sei es nun, weil die Anerkennung auf einem Irrthum beruhen, oder weil derselben ein nichtiger Titel zum Grunde liegen soll, wie ihm diese Verbindlichkeit sonst bei der Angabe des Titels selbst obliegt.

Die Vereine, von welchen hinsichtlich des Beweises der Erbdienstbarkeiten und Grundpflichtigkeiten in Satz 710 f.b.—f.d. gesprochen wird, sind ihrem Wesen nach nichts anderes als Anerkennungsurkunden für das Bestehen eines solchen Rechtes und es ist nicht nur kein Grund vorhanden, die Anwendung des Satzes 695 von diesen Dienstbarkeiten auszuschließen, sondern sowohl die Grundsätze des gemeinen Rechts, als auch der Satz 710, f.d. sprechen klar dafür, daß die Anerkennung für sich allein und ohne Angabe eines Entstehungstitels genügt, um einen vollen Beweis zu begründen, indem der eben an-

*) J. G. Reffel gegen Steinhöfer, Beweiserkenntniß vom 28. Februar 1846, Nr. 2373. D. E.

**) Jetzt Assessor bei Großh. Ministerium des Innern.

geführte Satz, welcher den Inhalt der Vereine bestimmt, keine Silbe davon erwähnt, daß die Art der Entstehung in dem Vereine angegeben sein müsse. Auch der Umstand, daß neue Gülten nicht mehr entstehen dürfen, kann an der Sache nichts ändern und insbesondere nicht die Folge haben, daß die Anerkennung nebst dem Gegenstande der Verbindlichkeit auch die Thatsache in sich enthalten muß, daß das Gültrecht schon vor 1810 bestanden hat; denn die Vermuthung eines Titels, welche aus der Anerkennung bis zum Beweise ihrer Unrichtigkeit entspringt, spricht für einen gesetzmäßigen, also schon vor 1810 vorhanden gewesenen Titel und will der Anerkennende behaupten, daß das Gesetz umgangen worden sei, was ja auch bei der Anführung eines Titels, sowohl in dieser als in vielen andern Beziehungen, der Fall sein könnte, so ruht schon nach allgemeinen Grundsätzen auf ihm die Last des Gegenbeweises."

Es dürfte wohl am Platze sein, dieser Ansicht, nach welcher kürzlich von dem Gerichtshofe in mehreren Fällen entschieden wurde, einige Bedenken entgegen zu halten. Wenn der Landrechtsatz 695 bestimmt, daß bei Dienstbarkeiten der Mangel des ursprünglichen Rechtstitels durch ein Anerkenntniß ersetzt wird, so unterstellt diese Bestimmung offenbar die Möglichkeit, daß die Dienstbarkeiten nach dem Landrechte doch noch erworben werden, d. h. entstehen können, was sich schon aus der Natur der Sache und aus den Worten der Gesetzesstelle selbst „die nicht durch Verjährung zu erwerben sind," klar ergibt. Nun aber verordnet der Landrechtsatz 710 f. b. ausdrücklich, daß neue Gülten und Zinsen nicht entstehen dürfen. Zwar erlaubt dieselbe Gesetzesstelle, neue Gülten und Zinsen in Form von Erbrenten nach Landrechtsatz 530 zu bestellen. Allein dieser Umstand, auf welchen man sich auch schon zur Unterstützung der Ansicht für die unbedingte Anwendbarkeit des Satzes 695 auf Erbgülten bezogen hat, ändert nichts an der Sache, er spricht vielmehr eher gegen als für diese Ansicht. Denn es besteht zwischen den Erbgülten und Erbrenten ein großer wesentlicher Unterschied, namentlich der Unterschied, daß letztere nicht wie die erstere die Natur der Dienstbarkeiten haben (vergl. Zachariä Handbuch §. 397 ff.) woraus von selbst folgt, daß der Landrechtsatz 695 auf Erbrenten keine Anwendung findet. Ueberdieß bestimmt der erwähnte Satz 710 f.b. weiter, daß alte Gülten fortdauern, soweit sie durch gültige Rechtstitel oder verjährten Besitz gedeckt sind.

Darnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß zur Geltendmachung eines Gültrechts ein einfaches seit Einführung des Landrechts abgegebenes Anerkenntniß nicht genügt, sondern auch noch der weitere Thatumstand bewiesen werden muß, als habe das Gültrecht schon vor dem ersten Januar 1810 rechtsgültig bestanden. Es ist in Landrechtsatz 710 f.d. allerdings nicht vorgeschrieben, daß die Art der Entstehung des Gültrechts in dem Vereine angegeben sein müsse. Dieses geschah aber ohne Zweifel deßhalb, weil kurz vorher die Bestimmung vorausgeht, wornach die alten Gülten durch Rechtstitel oder verjährten Besitz gedeckt sein sollen, daher der Gesetzgeber offenbar, um Wiederholungen zu vermeiden, von dieser Bestimmung in Satz 710 f.d. keine Erwähnung that, wie auch z. B. in Landrechtsatz 1325 und 1326 die Regel des Landrechtsatzes 1322 nicht wiederholt ist. Sodann steht der oben aufgestellte Satz, „daß die Vermuthung eines Titels, welche aus der Anerkennung bis zum Beweise ihrer Unrichtigkeit entspringt, für einen gesetzmäßigen spreche," im Widerspruch mit der Vorschrift in Landrechtsatz 1337, wornach Urkunden über ein Anerkenntniß nicht von der Vorlegung des ursprünglichen Rechtstitels befreien, wenn nicht dessen Inhalt darin eigens angeführt ist. Hievon macht freilich der Landrechtsatz 695 für Dienstbarkeiten eine Ausnahme, jedoch, wie oben gezeigt, nur insofern, als die Dienstbarkeiten seit Einführung des Landrechts entstehen können.

Demnach dürfte die Ansicht den Vorzug verdienen, daß der Landrechtsatz 695 auf Erbgülten nicht unbedingt Anwendung findet, daß vielmehr zur Geltendmachung eines Gültrechts der Beweis nothwendig fällt, es habe das Gültrecht schon vor dem ersten Januar 1810 rechtsgültig bestanden.

Zum Beweise dieses Thatumstandes wird es aber nach Landrechtsatz 1337, 710 f.c. genügen, wenn aus den seit Einführung des Landrechts verfaßten Urkunden und Vereinen sich ergibt, daß solche auf den Grund der vor dem 1. Januar 1810 verfertigten Rechtsurkunden und Vereinen erneuert wurden, oder wenn solche Urkunden und Vereine vorgelegt werden. Zwar verlieren die Rechtsurkunden oder Vereine nach Landrechtsatz 710 f.e. ihre Beweiskraft durch 30jährigen Zeitverlauf, jedoch nur in Ansehung der Fortdauer und wie sich von selbst versteht, nicht auch in Betreff des früheren Bestehens des Gültrechts.

Haager.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. №ro. 7. Karlsruhe, den 13. Februar 1847.

I.

Oberhofgericht.

1) Zum Thatbestand des Meineides ist ein vor gehörig besetztem Gericht abgelegter Eid erforderlich.

2) Der unter der Präsenz des protocollführenden Rechtspraktikanten durch einen Beamten abgenommene Eid ist nicht als vor gehörig besetztem Gericht geleistet anzusehen.

Diese Sätze sind, wie sich von selbst versteht, auch auf das Handgelübde und dessen Bruch anwendbar.

In dem Falle, dessen Entscheidung hier mitgetheilt wird, war ein zur Abnahme von Eiden und Handgelübden nicht ermächtigter Rechtspraktikant mit Führung der Untersuchung beauftragt; die Protokolle wurden unter seiner Präsenz von ihm selbst geschrieben. Waren Zeugen handgelüblich zu verpflichten, so geschah dieß durch einen Beamten unter Beurkundung des Praktikanten.

Wir haben uns schon früher in der Einleitung zu einem hofgerichtlichen Generale gegen diese Verfahrungsweise ausgesprochen und insbesondere darauf hingewiesen, daß der Praktikant solche Handlungen eines Beamten, die er selbst nicht vornehmen darf, um so weniger in gültiger Weise beurkunden kann, als der erstere nur unter der Leitung des letzteren zu handeln befugt ist rc.

Annalen X. 239.

Als ein auf vorgedachte Art handgelübdlich verpflichteter Zeuge später wegen Handgelübdebruchs in Untersuchung gerathen und verurtheilt worden war, hat das Großherzogliche Oberhofgericht durch abänderndes Urtheil vom 12. December 1845 erkannt:

„daß die Untersuchung wegen mangelnden Beweises des Thatbestandes auf sich zu beruhen habe."

Nach der einleitenden Bemerkung, daß es an dem vollständigen Beweise des Thatbestandes dieses Verbrechens fehle — fahren die Entscheidungsgründe fort: „Hierzu gehört zunächst, daß das Handgelübde vor gehörig besetztem Gericht geleistet wurde, weil alle wesentlichen Gerichtshandlungen außerdem als solche nicht gelten können, beziehungsweise nichtig sind."

Feuerbach, Handbuch §. 508.

Tittmann, Handbuch §. 661.

Die Abhör des Recurrenten in der gegen K. geführten Untersuchung geschah durch den Rechtspraktikanten L. allein, ohne Zuzug eines Actuars. Im Eingang des von ihm selbst aufgenommenen und mit seiner Präsenz versehenen Protocolls heißt es nun zwar: es sei der Recurrent Sch. abgehört worden,

„nachdem derselbe durch den Assessor G. handgelübdlich ordnungsmäßig verpflichtet worden war rc."

In diesen Worten kann jedoch keine Beurkundung darüber gefunden werden, daß bei diesem Akte der Verpflichtung ein Actuar, daß insbesondere der die Untersuchung und das Protokoll führende Rechtspraktikant in dieser Eigenschaft dabei gegenwärtig war. Denn es könnte nur in der Weise geschehen, daß man annähme, es wäre der verpflichtende Beamte mit dem Zeugen gleichsam vor dem das Protokoll führenden Untersuchungscommissär erschienen, was jedoch nicht gesagt ist, weßhalb die Verpflichtung ebensogut ohne persönliche Anwesenheit des Letzteren auf dem eigenen Geschäftszimmer des Beamten vorgenommen und jener nur auf irgend eine Art davon in Kenntniß gesetzt worden sein kann. Wollte man aber auch in dem Protokolle eine Beurkundung darüber finden, so würde es doch an dem rechtsgenüglichen

Beweise darüber fehlen, weil jedenfalls das Protokoll selbst nach seinem Wortlaut „nicht unter Mitwirkung des Beamten abgefaßt wurde, in dem es nur referirt, es habe der Untersuchungscommissär, nach geschehener Verpflichtung" das Zeugenverhör vorgenommen; dieser aber das Protokoll ohne Zuzug eines Actuars selbst wieder geschrieben hat.

§. 3 des Strafedicts, vergl. Instructiv-Verordnung von 1829 §. 6.

Durch die Namensschiffer „G.", welche dem auf das Protokoll folgenden Beschlusse unterfertigt ist, und welche von dem Assessor G. herzurühren scheint, können diese Mängel so wenig bedeckt werden, als durch die „zur Beurkundung" am Schlusse des Protokolls beigefügten Namen St. und S. — denn jene Namensschiffer verbürgt nur die Revision und Genehmigung des Beschlusses, zumal der Protokollführer seine beglaubigende Unterschrift unmittelbar unter das Protokoll noch vor den Beschluß gesetzt hat, eben da auch die „zur Beurkundung" beigefügten Namen St. und S. sich befinden. Hätte sie aber auch wirklich den Zweck gehabt, den Inhalt des Protokolls, soweit es den genannten Beamten betrifft, zu beglaubigen, so würde dieses selbst immer noch nicht ausdrücken, daß und welcher Actuar der Verpflichtung beigewohnt hat.

Was aber den Beisatz „zur Beurkundung" betrifft, so erfährt man dadurch gar nicht, was überhaupt, wie viel oder wie wenig von dem Protokolle damit beurkundet werden wollte. Jedenfalls ist mit Gewißheit daraus nicht zu entnehmen, daß die beiden Unterzeichner dem Protokolle von Anfang bis zu Ende im Sinne des Gesetzes als Urkundspersonen beigewohnt haben. Es wird dieses vielmehr schon darum höchst unwahrscheinlich, weil nach bestehender Uebung die zu einem gerichtlichen Acte beigezogenen Personen im Eingange des Protokolls als anwesend angeführt zu werden pflegen.

„Wären aber die Unterzeichner des Protokolls, wie es deren Namen, Handschriften und die Bezeichnung des einen derselben als Registrator nur zu wahrscheinlich machen, zwei bei dem Oberamte O. beschäftigte Actuarien, so wäre einerseits für um so gewisser anzunehmen, daß sie nicht so wie das Gesetz es verlangt, als aufmerksame Beobachter der von ihnen zu beurkundenden Handlung beigezogen worden sind, indem man wohl nicht zwei unbeschäftigte Actuarien als Urkundspersonen beiziehen wird, um den Mangel eines Protokollführers zu ersetzen *); andererseits läge in diesem Verfahren eine nicht zu rechtfertigende Täuschung und Umgehung des Gesetzes.

Fehlt es sonach schon an dem Beweise eines vor besetztem Gerichte abgelegten Handgelübdes, so kann hier von einem strafbaren Bruche desselben die Rede nicht sein u. s. w.

D. R.

II.

1) Ist gegen die gantrichterliche Verfügung im Falle des §. 841 der Proceßordnung die Appellation zulässig?
2) Wer ist dem einzelnen Gläubiger gegenüber als appellatischer Theil zu betrachten?

Melcher gegen Melcher.

Auf das Gesuch der gemeinschuldnerschen Ehefrau, ihr nach Maßgabe des §. 841 der Proceßordnung entweder den ganzen Betrag der durch rechtskräftigen Ordnungsbescheid für liquid erklärten Einbringensforderung ad 1076 fl. 36 kr. oder wenigstens einen großen Theil davon, aus den disponiblen Massegeldern anzuweisen, — hat der Gantrichter, nach Anhörung des Gläubiger-Ausschusses, unterm 8. Januar 1845 eine abschlägige Verbescheidung ertheilt und die Melcher'sche Ehefrau zugleich in die Kosten verfällt, wogegen sie die einfache Beschwerdeführung und eventuell das ordentliche Rechtsmittel der Appellation an das Großherzogliche Hofgericht ergriff.

Durch hofgerichtlichen Beschluß vom 2. Mai 1845 wurde jedoch die Beschwerdeführung als unstatthaft verworfen, weil dieselbe weder im §. 1244, noch im §. 841 der Proceßordnung für zulässig erklärt, überdieß auch die Frage: ob einem Gläubiger vor endlicher Vertheilung der Masse seine Forderung ausbezahlt werden könne und solle? eine solche sei, wobei die übrigen

*) Zudem sollen, nach §. 3 des Strafedicts, die Urkundspersonen aus dem Ortsgericht (jetzt Gemeinderath) oder in deren Ermanglung aus angesehenen dazu alsdann eigends durch Handgelübd in Pflichten genommenen Bürgern beigezogen werden, welche dem ganzen Verhör anwohnen und es durch ihre Unterschrift beurkunden müssen.

Gläubiger sehr betheiligt erschienen, und bei welcher man daher nicht von einer einfachen Verfügung des Gantrichters sprechen könne. Nachdem hierauf die gemeinschuldner'sche Ehefrau erklärt hatte, daß nunmehr die eventuell ergriffene Appellation gegen den Gläubigerausschuß als beklagten Theil fortgesetzt werde, erhielt ihr Anwalt die Auflage, den appellatischen Theil namentlich zu bezeichnen.

In Folge dessen wurden, weil kein Gantanwalt aufgestellt sei, die übrigen Gläubiger der Melcher'schen Gantmasse in ihrer Gesammtheit als Appellaten nahmhaft gemacht. Die Appellation hatte jedoch das gleiche Schicksal wie die Beschwerdeführung, indem dieselbe, nach gepflogener Verhandlung, durch hofgerichtliches Decret vom 1. April 1846 als unstatthaft verworfen wurde, weil sie nicht gegen den Gläubigerausschuß, sondern gegen den Gantanwalt und in dessen Ermanglung gegen die Gesammtheit der Gläubiger, für welche dann Behufs dieses Rechtsstreits ein Gantanwalt aufzustellen gewesen sein würde, hätte gerichtet werden müssen.

Auf ergriffene Oberberufung ward durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 5. Januar 1847 die Appellation für statthaft erklärt, die Entscheidung der Sache selbst aber an das Großherzogliche Hofgericht zurückgewiesen.

Gründe.

1) Die Frage: wer die Gantmasse zu vertreten hat, berührt nicht die passive Sachlegitimation, in deren Ermanglung eine Klage oder Appellation allerdings zu verwerfen ist; sondern die Legitimation zum Processe, welche, so weit das Gesetz sie nicht selbst schon geregelt und damit den Anlaß zu einer gleichbaldigen Berichtigung gegeben hat, durch proceßleitende Verfügungen in Ordnung zu bringen ist. Ginge man daher auch von der Ansicht des Großherzoglichen Hofgerichts über das Vertretungsrecht einer Gantmasse aus, so würde daraus doch mehr nicht folgen, als daß der Gläubigerausschuß zur Verhandlung nicht zugezogen werden dürfte, daß ferner ein ausdrücklich darauf gerichteter Antrag hätte verworfen, dagegen aber die sämmtlichen Gläubiger der Masse, welche nach dieser Ansicht zu deren Vertretung berufen sind, für den appellatischen Theil hätten beigeladen werden müssen.

Es läßt sich übrigens

2) diese Ansicht nicht einmal rechtfertigen; das Gesetz hat die Ernennung des Gantanwaltes in das Ermessen des Gantrichters gestellt, §. 939. Nr. 2 der Proceßordn. — Sie gehört demnach auch nicht zu den wesentlichen Vorschriften über die Vertretung der Gantmasse und es müssen, so oft und so lange die Ernennung eines Gantanwaltes nicht statt gefunden hat, andere Personen gesetzlich dazu ermächtigt sein. Dieß sind nun zwar ohne Zweifel zunächst die Gantgläubiger selber. Da jedoch überall da, wo im Gesetze von diesen Gläubigern als für die Masse handelnd die Rede, zugleich gesagt ist, daß, wenn ein Gläubigerausschuß aufgestellt wurde, dieser an der Stelle sämmtlicher Gläubiger zu handeln berufen sei,

vergl. z. B. §. 840. Nr. 2, 3, 4, 5. und 8 §. 885 und §. 919 der Proceßordnung.

so waren auch hier die Mitglieder des Gläubigerausschusses mit allem Recht als die gesetzlichen Vertreter der Gantmasse bezeichnet worden.

Dem steht der Absatz 2 des §. 919 der Proceßordnung um deßwillen nicht entgegen, weil er sich auf einen, von dem vorliegenden, ganz verschiedenen Fall, den nämlich bezieht, wenn die Ernennung eines Gantanwaltes wirklich statt gefunden hat, dem alsdann die Vertretung der Gantmasse, ohne hierzu einer besonderen Legitimation zu bedürfen, zusteht.

War sonach das Urtheil des Großh. Hofgerichts, wie geschehen, abzuändern, so konnte der weitern Bitte um Abänderung auch der amtlichen Verfügung dahier nicht entsprochen werden, weil das Großherzogliche Hofgericht in der Sache selbst noch nicht erkannt hatte, mithin die Entscheidung darüber an dasselbe zurückgewiesen werden mußte. arg. §. 1223 der Proceßordnung.

A. d. Gr. rc.

Ueber die an die Spitze gestellten Fragen waren die Ansichten des Collegiums getheilt. Die Minorität wollte die Appellation für unzuläßig erklärt wissen, indem sie davon ausging, daß die Bewilligung oder Verweigerung einer Vorauszahlung als eine in die Discretion des Gantrichters gestellte Administrativhandlung erscheine, wogegen ein ordentliches Rechtsmittel auch darum nicht stattfinde, weil der §. 841 den Gläubigern das Recht, eine Vorauszahlung zu begehren, nicht einmal einräume, sondern in dieser Beziehung lediglich das gantrichterliche Ermessen nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit walten lasse.

Da es sich in dieser Lage des Gantprocesses überdies nicht mehr um die Liquidität oder Priorität einer For-

derung handle, so dürfe um so mehr bezweifelt werden, daß der Gesetzgeber wegen eines selbst nicht in Ansehung der Zinsen präjudiciellen Zwischenpunktes der vorliegenden Art den gewöhnlichen Instanzenzug, wie in den Fällen der §§. 822, 917 und 929 habe gestatten wollen, als es hiebei offenbar an der Voraussetzung des §. 1172 und nebenbei auch an einem processualischen Gegner, gegen welchen die Appellation gerichtet werden könnte, fehlen würde. D. R.

III.

Ein Fall der Nothwehr.

Am 7. Januar 1846 hatte der Waldhüter Jacob Geier im Walde einen gewissen Karl Graf auf dem Forstfrevel ertappt und ihm bei diesem Zusammentreffen mit seinem Walthammer eine Wunde an dem rechten Oberarm beigebracht, die zu ihrer Heilung der ärztlichen Hülfe bedurfte. In der deßfallsigen Untersuchung schützte Geier vor, daß er durch seinen Schlag mit dem Waldbeil nur den Angriff des C. Graf abgewehrt und sich somit im Zustand der Nothwehr befunden habe. Das Großhgl. Hofgericht nahm indessen das Gegentheil als wahrscheinlicher an, und verurtheilte den J. Geier wegen Verwundung zu einer peinlichen Gefängnißstrafe von 14 Tagen, wobei der Umstand, daß der bei einer verbotenen That betretene Vulnerat die Herausgabe seines Haumessers verweigert hat, als Milderungsgrund berücksichtigt wurde.

Auf ergriffenen Recurs erging unterm 8. Januar 1847 ein abänderndes Urtheil, welches den Angeschuldigten wegen hergestellter Nothwehr für straflos erklärt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nach den vorliegenden Zeugnissen der Ortsvorgesetzten und der Bezirksforstei ist Recurrent ein ehrenwerther, in seinem Dienste als Waldhüter unermündlich thätiger und gewissenhafter Mann, welchem das Interesse seiner Gemeinde besonders anliegt. Er befand sich in Ausübung seines Dienstes, als er den C. Graf auf dem Waldfrevel betreten hat.

Die Angaben des Recurrenten haben daher nach §. 208 des Forstgesetzes jedenfalls Anspruch auf erhöhete Glaubwürdigkeit.

Wie eingestanden, war Graf damals mit einem gewöhnlichen Haumesser versehen, womit sich derselbe in bedenklicher Weise zur Wehre setzen konnte.

Wenn nun Recurrent die Ueberlassung dieses Werkzeugs von dem Frevler verlangte und dasselbe wegzunehmen versuchte, so handelte er seiner Pflicht gemäß,

Forstgesetz §. 149 und 189.

Gesetz vom 6. März 1845. Art. 5.

während Graf durch die deßfallsige Verweigerung in dem Recurrenten die Besorgniß erregen konnte, daß er sich widersetzen wolle.

Eine solche Absicht durfte dem C. Graf um so eher zugetraut werden, als er sich, wie dem Waldhüter bekannt war, schon früher einer Widersetzlichkeit schuldig gemacht hatte.

Da die Begegnung im Walde statt fand, so hatte Recurrent, welcher ganz allein war, im Falle eines Angriffs keine fremde Hülfe zu erwarten, wohl aber zu befürchten, daß die anderen mit Graf ausgegangenen Frevler, welche er Holz hacken hörte, seinem Gegner beistehen möchten. Sich einem Angriffe durch die Flucht zu entziehen, konnte dem Inculpaten in keinem Falle zugemuthet werden, weil er in dem ihm zur Huth anvertrauten Districte den Frevlern mit Muth und Beharrlichkeit entgegen zu treten verpflichtet ist.

Nun behauptet Inculpat, daß ihn Graf in der That mit seinem Haumesser auf eine gefährliche Weise wiederholt bedroht und daß er sich lediglich zur Abwehr dieses Angriffs seines Waldhammers gegen den Frevler bedient habe. Nur mit dieser Beschränkung wurde das Geständnis, den C. Graf verwundet zu haben, von dem Inculpaten abgelegt.

Da die Einrede der Nothwehr nach dem Vorausgeschickten alle Wahrscheinlichkeit für sich hat, so muß sie, bis das Gegentheil erwiesen ist, um so mehr für wahr angenommen werden,

Tittmann, Band III. S. 487.

als die Angabe eines pflichttreuen und gewissenhaften Mannes, welcher zur Zeit des Vorfalles in seinem Dienste begriffen war, jedenfalls mehr Glauben verdient, wie die seines auf unrechter That betretenen Gegners, wornach dieser, ohne vorgängige Widersetzlichkeit, in dem Augenblicke verwundet worden zu sein vorgibt, als er durch die Hecken hinauszuschlüpfen und sich entfernen wollte.

Es stimmen zwar mit dieser Aussage die Depositionen des Karl Fritz und Karl Binder überein; allein abgesehen davon, daß Letzterer ein dem Trunke ergebenes, moralisch verwahrlostes Subject ist, gehören beide Zeugen, wovon nur Fritz beeidigt wurde, in die Klasse der Gewohnheitsfrevler, deren Angaben dem strenge Aufsicht übenden Waldhüter gegenüber um so verdächtiger sind, als sie damals in Gemeinschaft mit Graf auf den Frevel ausgegangen und daher zur Zeit ihrer Wahrnehmung gleichfalls in unrechter That begriffen waren.

Außerdem haben die Gerichtsärzte die Angabe des Verwundeten, nach welcher derselbe sich, als er den verletzenden Hieb erhielt, schon zur Flucht gewendet hatte, für die richtigere erachtet, weil seine Wunde auf der Oberfläche horizontal, im Fleische aber abwärts gelaufen sei, was sich nur bei gesenktem und mit der Rückseite dem Verletzer zugekehrten rechten Oberarme des Vulneraten zwanglos denken lasse.

Dieselben Kunstverständigen gaben jedoch in einem späteren Gutachten wenigstens die Möglichkeit der Verletzung in der von dem Inculpaten vorgegebenen seitlichen Stellung zu.

Recurrent selbst bemerkte in dieser Beziehung: Graf könne sich in dem Augenblicke, als er, von dessen Angriff gedrängt, nach ihm geschlagen, etwas gewendet oder gebückt oder auf eine der Lage und Figur der Wunde entsprechende Weise mit dem Arme gezuckt haben, um dem Hiebe auszuweichen.

Bewandten Umständen nach kann daher nicht als erwiesen angenommen werden, daß Vulnerat wirklich auf der Flucht begriffen war, als er verwundet wurde. Aus diesen Gründen konnte man kein Bedenken tragen, die von dem Recurrenten behauptete Nothwehr für genügend hergestellt anzusehen und demzufolge dessen Straflosigkeit auszusprechen. D. R.

IV.

Die Bestimmung des §. 918 der Proceßordnung findet auch auf die Wiederherstellung aus dem Grunde der Minderjährigkeit Anwendung.

In Sachen der Kinder des Wagners Ruch gegen die Gantmasse ihres Vaters, wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises durch Urtheil vom 24. April v. J. der unterrichterliche Bescheid besagend:

Die Wiederherstellungsklage findet nicht statt — bestätiget, aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß nach §. 918 der Proceßordnung das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederherstellung gegen ein Ganturtheil nur solange zuläßig ist, als die Gantmasse noch nicht unter die Gläubiger vertheilt wurde;

In Erwägung, daß diese Bestimmung auch auf die Wiederherstellung aus dem Grunde der Minderjährigkeit Anwendung findet, sowohl nach dem Wortlaute, als nach dem Grunde des Gesetzes und zwar nach dem Wortlaute, weil jene Gesetzesstelle allgemein und unbedingt spricht und für Minderjährige eine Ausnahme nicht gemacht ist, sodann nach dem Grunde des Gesetzes, weil hiedurch in Gantsachen überhaupt die gewöhnliche Verjährungszeit des außerordentlichen Rechtsmittels der Wiederherstellung beschränkt und ausschließlich auf den Zeitpunkt der Vertheilung der Masse festgesetzt werden wollte, um die Rückforderung ausbezahlter Beträge und die totale Veränderung der einmal geschehenen Auszahlung zu vermeiden und dadurch eine neue Verwirrung so wie neue Rechtsstreitigkeiten zu verhindern.

v. Weilers Motive zur Proceßordnung. Seite 79. — Comissionsbericht zum 41. Titel der Proceßordnung. Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden I. Beilagenheft. S. 134.

In Erwägung, daß in Gemäßheit des §. 935 der Proceßordnung die Gantmasse nach Ablauf der zur Eröffnung des Vertheilungsbescheides festgesetzten Tagfahrt in dem Sinne für vertheilt gilt, daß jetzt das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederstellung nicht ferner zuläßig ist, den Fall ausgenommen, wo ergriffene Rechtsmittel die Vertheilung im Ganzen aufhalten, in welchem Falle die Masse erst mit Ablauf der Tagfahrt für vertheilt gilt, in welcher die in Folge der gebrauchten Rechtsmittel ergangenen oberrichterlichen Urtheile den Betheiligten eröffnet werden;

In Erwägung, daß die beklagte Gantmasse als vertheilt anzusehen ist, da der Vertheilungsbescheid am 7. Mai 1842 eröffnet und ein Rechtsmittel hiergegen nicht ergriffen, jedenfalls nicht nach Maßgabe des §. 930 der Proceßordnung angemeldet und ausgeführt wurde;

In Erwägung, daß wenn auch der Vormund oder Pfle-

ger der klägerischen Kinder zur Eröffnung des Vertheilungsbescheides nicht ordnungsmäßig vorgeladen worden wäre, die Gantmasse gleichwohl als vertheilt gelten müßte, weil der Pfleger in der zur Eröffnung des Vertheilungsbescheides festgesetzten Tagfahrt erschien und demselben der Vertheilungsbescheid gehörig verkündet wurde;

In Erwägung, daß demnach die erhobene Widerherstellungsklage vom 13. Juni 1842 als unstatthaft erscheint, die Kläger somit durch das unterrichterliche Urtheil keineswegs beschwert sind.

In Anbetracht dessen wurde wie geschehen erkannt.

Haager.

V.

Bürgerliche und Handels-Gesellschaften.

Der königliche Gerichtshof zu Nismes hat den 10. Juni 1840 entschieden, daß eine Gesellschaft zur Erbauung und Betreibung einer Eisenbahn als Handelsgesellschaft anzusehen sei, weil nach Art. 632 code de commerce jede Unternehmung zur Beförderung von Reisenden und Waaren als Handelsgeschäft gelte. Der Cassationshof von Frankreich, an welchen Berufung von Seiten der Gesellschaft eingelegt wurde, verwarf das Cassationsgesuch den 28. Juni 1843.

Sirey. tome 43, 1, 574.

Das Motiv dieser Entscheidung ist auch für uns von großer praktischer Bedeutung. Es ist nämlich nicht etwa die Form, unter welcher eine Gesellschaft sich constituirt hat, sondern der Zweck, für welchen sie gebildet ist, entscheidend für die Frage, ob eine Gesellschaft als bürgerliche oder Handels-Gesellschaft anzusehen ist? Eine Gesellschaft kann mithin als offene oder anvertraute, ja selbst als anonyme Gesellschaft constituirt sein, sie kann selbst Aktien auf den Inhaber ausgeben, und dennoch als bürgerliche Gesellschaft beurtheilt werden müssen. Diese Ansicht vertheidigt ganz entschieden

Troplong. Des sociétés. Nr. 317—357.
Duvergier „ „ Nr. 485.
Malepeyre et *Jourdain.* Des sociétés. Nr. 5.

Halten wir diese Ansicht fest, so können wir in Baden Gesellschaften zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn nicht zu den Handelsgesellschaften zählen. Denn Art. 1 unseres Handels-Gesetzbuchs zählt die Beförderung von Reisenden und Waaren nicht zu den Handelsgeschäften. Aus demselben Grund wird man auch die Dampfschiffahrts-Gesellschaften nicht zu den Handelsgesellschaften rechnen dürfen. Die Dampfschleppschiff-Gesellschaft, welche sich vor wenigen Jahren in Mannheim constituirt hat, gehört ebensowenig dahin. In Mannheim besteht auch eine Gesellschaft zur Versicherung der Waaren gegen Gefahren bei dem Wassertransport. Ist diese als Handelsgesellschaft zu betrachten? Die französischen Schriftsteller sehen alle Versicherungen gegen Prämien als Handelsgeschäft an. *Malepeyre* et *Jourdain.* Nr. 11. *Troplong.* Nr. 345. *Pardessus.* Nr. 46. Dictionnaire du droit commercial par Massé mot: Assurances terrestres Nr. 6. Auch die französischen Gerichte theilen diese Ansicht.

Urtheil des Cassationshofs vom 8. April 1828.
Sirey t. 29, 1, 28.

Der code de commerce erkennt aber in Art. 633 nur die See-Versicherungen für Handelsgeschäfte, und dieß erklärt sich daraus, daß nach altem Herkommen in Frankreich alle auf den Seehandel bezüglichen Verträge, wie z. B. Verkauf von Schiffsgeräthschaften, Takelwerk, Proviant zur Competenz der Handelsgerichte gehörte. Pardessus Nr. 47. Auch handelt der code de commerce in den Art. 332—396 nur von den See-Versicherungen; gerade daraus könnte man schließen, daß alle andern Versicherungen nicht zu den Handelsgeschäften gehören, um so mehr als Art. 1964 des Civilgesetzbuchs den Assekuranzvertrag unter den Glücksverträgen speciell aufführt, und ihn daher zu den bürgerlichen Geschäften zu rechnen scheint. Ich sehe darum keinen hinreichenden Grund, die Assekuranzen in Baden, wo das Handelsgesetzbuch ihrer gar nicht erwähnt, zu den Handelsgeschäften zählen zu können, bin vielmehr der Meinung, daß die Mannheimer Gesellschaft für Wasser-Assekuranz zu den bürgerlichen Gesellschaften gehört. Ebendahin muß auch der Badische (jetzt deutsche) Phönix, der gegen Feuergefahr versichert, gezählt werden. Die gegenseitigen Versicherungen, bei welchen alle Mitglieder der Gesellschaft zugleich Versicherer und Versicherte sind, wie z. B. in Freiburg eine Hagel-Versicherung unter Gutsbesitzern besteht, werden von den französischen Schriftstellern entweder gar nicht zu den Gesellschaften, oder wenigstens nicht zu den Handelsgesellschaften gezählt. *Pardessus* Nr. 970 hat zuerst die Ansicht vertheidigt, daß gegenseitige Versicherungen, Tontinen u. s. w. keine Gesellschaften, sondern nur Gemeinschaften (communautés) seien, weil sie nicht

etwa einen Gewinn beabsichtigen (Art. 1832), sondern einen Schaden, der einen unter ihnen treffen könnnte, abwenden wollen. *Troplong*, Nr. 14 und 54 ist dieser Meinung beigetreten, ebenso *Duvergier*, Nr. 42. Ich kann aber dieser Ansicht nicht allgemein beipflichten: so z. B. halte ich die Versorgungsanstalt in Karlsruhe wirklich für eine Gesellschaft. Die Mitglieder legen nämlich Kapitalien ein, in der Absicht, daraus höhere Renten als die gewöhnlichen Zinsen zu beziehen; dieser Fall tritt freilich erst ein, wenn mehrere Mitglieder gestorben, und deren Antheile den andern zugewachsen sind. Es macht aber keinen Unterschied, ob dieser Gewinn durch Industrie oder durch zufällige Ereignisse herbeigeführt wird, da ja auch bei den Feuerversicherungen der Gewinn der Gesellschaft vom Zufall, ob nämlich viel oder wenig versichertes Gut verbrennt, abhängt. Ich würde demnach alle Rentenanstalten, wenn sie auch auf Gegenseitigkeit beruhen, zu den Gesellschaften zählen, aber nicht zu den Handels- sondern zu den bürgerlichen Gesellschaften. Auch die Tontinen glaube ich dahin rechnen zu müssen. Denn auch hier geschehen die Einlagen, in der Hoffnung einen Gewinn zu machen, der freilich nicht dem Einleger sondern seinen Erben zu Statten kömmt. Diese erhalten nämlich dafür, daß der Einleger auf die Zinsen des eingelegten Kapitals verzichtet, oder dafür, daß er jährlich eine bestimmte Summe zahlt, ein gewisses größeres Kapital. Derselbe Fall tritt bei der Caisse paternelle ein. Hier kann nämlich der Vater für sein Kind jährlich eine bestimmte Summe bezahlen, wofür dieses, wenn es 21 Jahr alt geworden ist, aus dem bis dahin angewachsenen Kapital der Gesellschaft, einen der Einlage entsprechenden Antheil erhält. Dieser Antheil ist um so größer, je mehr Kinder aus der Gesellschaft gestorben sind, weil die gezahlten Einlagen nicht zurückerstattet werden. Wiewohl nun diese Gesellschaft auf Gegenseitigkeit begründet ist, so trägt sie doch durchaus den Charakter, welchen Art. 1832 bei Gesellschaften voraussetzt. Die Einlagen geschehen in der Hoffnung auf einen Gewinn, den die Gesellschafter theilen. — Wie ist es aber mit den gegenseitigen Versicherungen gegen Feuer, Hagel u. s. w.? Diese sind häufig so eingerichtet, daß eine Einlage überhaupt nicht gemacht wird, sondern erst, wenn ein Schaden eingetreten ist, die Mitglieder zu entsprechenden Beiträgen aufgefordert werden. Aber die Verbindlichkeit zu diesen Beiträgen muß jedes Mitglied bei dem Eintritt übernehmen, und diese kann immerhin als Einlage gelten. Andererseits wird zwar kein Gewinn beabsichtigt, aber doch die Vergütung eines möglichen Schadens, und diese ist ebenfalls als Gewinn, im gesetzlichen Sinn, zu betrachten. Aber ein anderes Merkmal fehlt; es wird nämlich kein Gewinn unter die Mitglieder vertheilt, sondern diese erhalten eine Vergütung nur dann, wenn ein Schaden sie betroffen hat, und darum mag es richtig sein, wenn man dergleichen Anstalten nicht zu den Gesellschaften zählt. Auf ähnlicher Grundlage beruhen die Sterbvereine in Mannheim; wenn nämlich ein Mitglied stirbt, so erhalten seine Erben eine in den Statuten vorgesehene Summe, welche mittels Beiträge der Mitglieder aufgebracht wird. In ähnlicher Weise besteht hier ein Rekrutenverein: jeder Vater, der für seinen Sohn beitritt, zahlt jährlich eine bestimmte Summe; dafür hat der Verein, im Fall der Sohn zum Militärdienst berufen wird, einen Mann zu stellen. Durch den langen Frieden hat dieser Verein schon ein ansehnliches Vermögen erworben, das aber nicht unter die Mitglieder vertheilt, sondern für die Zeiten des Kriegs, wenn die Einsteher viel theurer sind, aufgespart wird. Der verstorbene Jakob Hoffmann, über dessen Nachlaß Gant erkannt wurde, hatte hier einen Rekrutenverein errichtet, der auf folgender Grundlage beruhte: Wer 180 fl. zahlte, konnte, im Fall er zum Kriegsdienst berufen wurde, die Einstellung eines Mannes unbedingt begehren; diejenigen aber, welche nur 90 fl. zahlten, bildeten eine Gemeinschaft, aus deren Kasse die Einsteller für die zum Kriegsdienst Berufenen bezahlt wurden. Reichte diese nicht zu, so mußten die Mitglieder Nachzahlungen leisten, jedoch nur bis zu einer bestimmten Summe. Wurde mehr erfordert, so hatten die Kriegsdienstpflichtigen diesen Mehraufwand zu bestreiten. J. Hoffmann war nach den Statuten Verwalter und Kassier der Gesellschaft und sollte jährlich Rechnung ablegen. Es war aber nicht vorgesehen, daß er etwaige Ueberschüsse an die Mitglieder herauszahlen sollte. Auch ist dieser Fall meines Wissens nie eingetreten. Die Meinungen der hiesigen Rechtsgelehrten, ob hier eine Gesellschaft vorliege, waren sehr getheilt. Dafür konnte angeführt werden, daß die Statuten, welche sogar von dem Stadtamt genehmigt und gedruckt waren, den Vertrag als Gesellschaft bezeichneten, daß Hoffmann ausdrücklich nur als Geschäftsfüh-

rer und Kassier der Gesellschaft bezeichnet war, daß er für seine Verwaltung 5% Provision erhalten sollte, daß die Mitglieder Nachschüsse zu leisten hatten, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht ausreichte. Das hiesige Stadtamt adoptirte diese Ansicht bezüglich der Einlagen von 90 fl., und verurtheilte die Gantmasse zur Herauszahlung des Gesellschaftsvermögens salva liquidatione an die Gesellschaft resp. deren gesetzliche Vertreter. Dieses Urtheil erregte um so größeres Erstaunen, als Niemand für die Gesellschaft, sondern nur diejenigen, welche durch das Loos zum Kriegsdienst berufen wurden, für sich liquidirt hatten, aber sämmtlich abgewiesen wurden. Die Gantmasse appellirte nicht, weil ohnedieß kein gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft vorhanden, daher auch nicht vorauszusehen war, daß das Urtheil eine praktische Folge haben könnte. Aber der Gantrichter wußte dafür Rath. Er ernannte ex officio einen Anwalt der Gesellschaft, dieser liquidirte die Einlagen der sämmtlichen Mitglieder, und die Gantmasse wurde zu deren Herauszahlung verurtheilt. Aber wer sollte das Vermögen der Gesellschaft erhalten? Der Gantrichter wußte sich abermals aus der Verlegenheit zu ziehen. Auf Antrag des Anwalts der Gesellschaft befahl er dem Gläubigerausschuß, die betreffende Rate der Gesellschaft bei der Staatskasse zu deponiren, nach vorgängiger Zahlung der Deserviten des Anwalts. Dort liegt nun das Geld, und Niemand weiß, wem es gehört? Die Gesellschaft bestand nämlich aus der Gesammtheit der Einleger, aber diese haben als solche kein Recht an das Gesellschaftsvermögen, sondern nur diejenigen, welche zum Kriegsdienst berufen wurden. Kann man nun sagen, diese hätten eine Gesellschaft in der Gesellschaft gebildet? Ich habe ursprünglich den Vertrag nicht als Gesellschaftsvertrag angesehen. weil er ganz und gar nicht die Merkmale hat, welche Artikel 1832 für diesen anführt. Die Einlagen geschahen nicht in der Absicht, einen Gewinn zu machen, den die Einleger theilen, sondern um für einen Theil der Einleger, welche durch's Loos zum Kriegsdienst berufen würden, die Einsteller zu bezahlen. Es ist daher z. B. der Art. 1855, welcher bestimmt, daß der Gewinn nicht Einem der Gesellschafter zugewendet werden dürfe, auf unsern Vertrag gar nicht anwendbar; sonst wäre der ganze Vertrag nichtig. Ich halte diesen vielmehr für einen Glücksvertrag, indem von einem ungewissen Ereigniß abhängt, wem die Einlagen zufallen. Artikel 1964. Es hat dieser Vertrag die größte Aehnlichkeit mit einer Lotterie; die Einen verlieren ihre Einlagen, die Andern gewinnen weit größere Summen, als sie eingelegt haben; sogar werden die Gewinnste durch das Loos bestimmt. Doch ist er darin von der Lotterie verschieden, daß die Einlage unbestimmt war, weil die Einleger zu Nachschüssen verbunden waren, und ganz besonders darin, daß es auf keinen Gewinn, sondern auf Abwendung eines Schadens abgesehen war. Die Stellung des Jakob Hoffmann zu den einzelnen Einlegern war aber, meines Erachtens, nach den ebenfalls gedruckten Verträgen, welche die einzelnen Rekruten bei der Liquidation vorlegten, zu beurtheilen; diese waren doppelt ausgefertigt, und unterschrieben, und enthielten, so viel ich mich erinnere, die persönliche Verbindlichkeit des Jakob Hoffmann dem durch das Loos zum Kriegsdienst Berufenen einen Mann zu stellen. Ich bin darum länger bei diesem Vertrag verweilt, weil ähnliche Verträge noch heute nicht selten in unserm Lande geschlossen werden.

Unsere allgemeine Wittwenkasse ist keine Gesellschaft, sondern beruht auf einem Glücksvertrag der Mitglieder. Unsere geselligen Vereine sind ebenfalls keine Gesellschaften, wenn sie auch diesen Namen führen; ebensowenig die Vereine zu wissenschaftlichen, politischen oder wohlthätigen Zwecken. Wenn mehrere Einwohner einer Stadt einen Garten erwerben, um darin spazieren gehen zu können, bilden sie eine Gesellschaft? *Troplong*, Nr. 13 bejaht diese Frage, weil das Vergnügen in Geld angeschlagen werden kann. *Pothier* ist sogar der Meinung, daß, wenn mehrere Personen zusammen Wagen und Pferde zum Vergnügen halten, sie als Gesellschafter anzusehen seien. Das scheint mir aber zuweit gegangen, denn wenn man das Vergnügen zu Geld anschlagen will, warum nicht auch Belehrung und Unterhaltung? Dann wären alle wissenschaftlichen und geselligen Vereine als Gesellschaften im gesetzlichen Sinne zu betrachten. Wenn Musikliebhaber einen Saal miethen, um dort wöchentlich zu singen rc. sind sie darum Gesellschafter? Gerade *Troplong* verwirft eine solche Meinung gleich im Eingang seines Werkes über die Gesellschaften.

(Schluß folgt)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. | Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 8.** Karlsruhe, den 20. Februar 1847.

I.

Bürgerliche und Handelsgesellschaften.

(Schluß).

In London, Amsterdam, Liverpool sind große Thiergärten auf die oben angegebene Weise angekauft worden; auch werden sie durch fortwährende Beiträge der Mitglieder unterhalten. Nichtmitglieder werden sogar gegen Bezahlung zugelassen, aber das Geld wird zur Unterhaltung des Gartens und zur Ernährung der Thiere verwendet; darum kann man auch nicht sagen, daß jene Personen eine Gesellschaft bilden. Manchmal werden dergleichen Anstalten sogar durch Aktien begründet, wie die Industriehalle in Mannheim; diese ist aber darum nichts weniger als eine Gesellschaft, weil kein Gewinn, sondern Beförderung der Industrie beabsichtigt wird.

Wenn mehrere Grundbesitzer sich vereinigen, um sich durch Errichtung und Unterhaltung von Dämmen gegen Wassergefahr zu schützen, bilden sie eine Gesellschaft? *Troplong* Nr. 15 und 344 zählt viele ähnliche Verbindungen zur Austrocknung von Sümpfen, sogar zur Verbesserung der ungesunden Luft, Verhütung von Ansteckungen rc. auf, welche im Süden Frankreichs seit Jahrhunderten unter der Form anomymer Gesellschaften existiren. Er meint aber, sie seien nur dann als Gesellschaften zu betrachten, wenn ihr Zweck nicht bloß dahin geht, eine Gefahr abzuwenden, sondern auch einen Gewinn zu machen. Ich habe mich schon oben gegen diesen Entscheidungsgrund ausgesprochen, weil ich die Abwendung einer Gefahr auch für einen Gewinn halte; ich würde vielmehr darauf sehen, ob die Absicht auf einen theilbaren Gewinn gerichtet ist. Denn das Wesen einer Gesellschaft besteht darin, daß gemeinschaftlich ein Gewinn erzielt wird, den die Gesellschafter alsdann unter sich theilen. In den oben angegebenen Fällen ist kaum eine Theilung des gemeinsam erzielten Vortheils denkbar; nur etwa bei Austrocknung sumpfiger Gegenden können die Grundstücke alsdann verwerthet, und der Gewinn getheilt werden. Eine solche Verbindung wird dann auch gewiß allgemein als Gesellschaft angesehen werden; ist sie aber eine Handelsgesellschaft, wenn sie die sumpfigen Strecken ankauft, um sie auszutrocknen und dann zu verkaufen? Nein. Denn der Ankauf von Liegenschaften zum Wiederverkauf gehört nicht zu den Handelsgeschäften. *Pardessus* Nr. 8, 18. *Troplong* Nr. 319. *Malepeyre* et *Jourdain* Nr. 12. Es giebt in Frankreich anonyme Gesellschaften, zur Ausführung großer Bauten z. B. von Brücken, Canälen, Straßen, Durchgängen (passages) Theater, bedeckten Märkten u. s. w. Aehnliche Gesellschaften existiren auch in Deutschland und anderwärts z. B. für den Donau-Main-Canal, zur Erbauung einer Kettenbrücke zwischen Ofen und Pesth u. s. w. Sind diese als Handelsgesellschaften zu betrachten? *Malepeyre* und *Jourdain* Nr. 11 bejahen diese Frage, weil jene Gesellschaften großer Kapitalien bedürfen, und Verträge über große Lieferungen abschließen müssen. Auch *Pardessus* Nr. 36 hält Unternehmungen dieser Art, wenn sie aus Spekulation und des Gewinns wegen geschehen, für Handelsgeschäfte. *Troplong* Nr. 349—351 führt mehrere Entscheidungen französischer Gerichte an, welche dergleichen Gesellschaften bald für Handels- und bald für bürgerliche Gesellschaften erklärt haben; seine eigene Meinung (Nr. 351) stimmt so ziemlich mit der von *Pardessus* überein; indem er darauf gesehen haben will, ob eine Gesellschaft im allgemeinen Interesse z. B. der Verschönerung, der Erleichterung des Verkehrs u. s. w. oder des Gewinns wegen einen solchen Bau unternimmt. Da aber alle diese Schriftsteller den Ankauf und Verkauf von

Liegenschaften, selbst wenn er als Spekulation betrieben wird, nicht für ein Handelsgeschäft ansehen, so müßten sie consequenter Weise auch die Ausführung großer Bauten, selbst wenn sie aus Spekulation geschieht, nicht zu den Handelsgeschäften zählen. Für diese Ansicht kann wenigstens in Frankreich eine schlagende Analogie angeführt werden. Durch specielle Gesetze vom 16. Sept. 1807, vom 8. März und 21. April 1810 ist nämlich die Bearbeitung von Bergwerken und der Verkauf der gewonnenen Produkte für ein bürgerliches und nicht für ein Handelsgeschäft erklärt, weßwegen auch alle Gesellschaften für diesen Zweck, unter welcher Form sie auch constituirt sind, als bürgerliche Gesellschaften angesehen werden. *Pardessus* Nr. 36. *Malepeyre* et *Jourdain* Nr. 11. *Troplong* Nr. 328. Diese haben mit jenen Gesellschaften Alles gemein, sie bedürfen großer Kapitalien, bedeutender Lieferungen, ja sie sind in dem Fall, für ihren Zweck große Gebäude, Canäle, sogar Eisenbahnen ausführen zu lassen; auch geschehen diese Unternehmungen aus Spekulation und sind dennoch keine Handelsgesellschaften. In Baden haben wir jene specielle Gesetzgebung für Bergwerke nicht. Ich bin aber dennoch der Meinung, daß die anonyme Gesellschaft zur Bearbeitung eines Silberbergwerks im Badischen Oberland nicht zu den Handelsgesellschaften gehört. Dagegen sind die Gasbereitungsgesellschaften dorthin zu rechnen, weil das Gas mittelst Fabrikation bereitet wird. Dahin gehört auch die große Spinnerei in Ettlingen, die Runkelrübenzucker-Fabrik in Waghäusel u. s. w. In Gernsbach und Wolfach bestehen aus alten Zeiten her s. g. Schifferschaften, nämlich anonyme Gesellschaften, welche große Waldungen besitzen, und das Holz daraus verflößen. Diese sind daher bürgerliche Gesellschaften, selbst wenn sie hie und da Holz zum Wiederverkauf ankaufen. Wenn sie aber überhaupt Holzhandel treiben, oder diesen Handel in ihren Statuten unter die Zwecke der Gesellschaft aufführen, so sind sie als Handelsgesellschaften zu betrachten. Fragt man nach den praktischen Folgen dieser Unterscheidung, so hängt davon die Competenz ab: Streitigkeiten unter Handelsgesellschaftern gehören vor Schiedsrichter. Nach der neuen Gerichtsverfassung können Handelsgesellschafter vor den Handelsgerichten belangt werden. Auch die Verjährung des Art. 64 des H. G. wird nur den Handelsgesellschaftern zu gut kommen, u. s. w. Dr. Ladenburg.

II.

Wenn ein Bote die ihm anvertraute bewegliche Sache in gewinnsüchtiger Absicht sich zueignet, ist diese Handlung als eine Unterschlagung oder als Diebstahl zu bestrafen?

Diese Frage hat sich dem Hofgericht des Oberrheinkreises in nachstehendem Falle zur Erörterung und Entscheidung dargeboten:

Blasius M. von F. besorgte, nachdem er am 17. November 1838 als Ortsdiener und Gerichtsbote amtlich verpflichtet worden, außer dem Botendienst zwischen F. und Tr. auch solchen für die Gemeinde N., indem er, wie aus einem Berichte des Amtes Tr. hervorgeht, die nach N. bestimmten Briefe und Pakete erhielt, um sie nach F. zu verbringen und dort dem Ortsboten von N. zu übergeben, für welches er aus der Gemeindskasse von N. jährlich 6 fl. empfing.

Am 22. März v. J. erhielt er in Tr. durch den Boten Haas ein mit der Post in Tr. angekommenes an das Pfarramt N. adressirtes Geldpaket mit 122 fl. 19 kr. zur Besorgung.

Dieses Paket wurde von ihm nicht abgegeben, sondern geöffnet und das Geld, angeblich zum Ankauf von Lebensmitteln und zur Bestreitung verschiedener durch den kurz vorher erfolgten Tod seiner Frau entstandenen Kosten, verwendet.

In der auf eine Anzeige des Postbeamten in Tr. eingeleiteten gerichtlichen Untersuchung hat der Angeschuldigte dies einbekannt, dabei jedoch bemerkt, daß er das Paket wegen eines daran befindlichen kleinen Risses und um sich von dem Vorhandensein der ganzen Summe zu überzeugen, geöffnet und stets die Absicht gehabt habe, das Geld wieder abzuliefern resp. zu ersetzen.

Mit diesem Geständniß stimmten im Wesentlichen die erhobenen Beweise insbesondere die Nachweisung des Anzeigers, das Schreiben der Domänenverwaltung Villingen, von welcher die Geldsendung herrührte und die Eingabe des Pfarramtes N. überein, auch fand sich unter den Papieren des Angeschuldigten die von der Domänenverwaltung projektirte Quittung nebst einem Sortenzettel über das abgesendete Geld vor.

Sämmtliche Votanten waren darin einig, daß Inkul-

pat nicht wegen Gelübdebruchs zur Strafe gezogen werden könne, weil er nach dem Verpflichtungsprtokoll nur als Gerichtsbote, mithin für die getreue Besorgung der ihm anvertrauten Privat-Briefe und Pakete nicht in Pflichten genommen war. Dagegen herrschte eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob die Handlung des Angeschuldigten als eine Unterschlagung oder als Diebstahl zu betrachten und zu bestrafen sei.

Ein Votant beantragte gegen den Inkulpaten wegen Unterschlagung anvertrauter Habe eine viermonatliche Arbeitshausstrafe zu erkennen und begründete seine Ansicht mit Folgendem:

Wenn man auch die Unterschlagung eines Boten (ohne Rücksicht darauf, ob er die ganze, ihm anvertraute Sache beseitige oder nur aus dem Behältniß, worin dieselbe eingeschlossen, etwas entwendete) wegen der Bestimmung des §. 87 des Strafedikts und deren muthmaßlichen Quelle (altbadisches Landrecht, Thl. VII. Tit. 61 vergl. mit Art. 170 der P. G. O.) im Allgemeinen als einen Diebstahl ansehen müßte, so könne dies doch nur dann geschehen, wenn die Voraussetzungen dieses letzteren Gesetzes vorhanden, nämlich wenn ein geschworener Bote eine ihm verschlossen übergebene Sache veruntreut, indem man nicht annehmen könne, daß das Strafedikt, welches seinem Eingang nach die herkömmliche mildere Anwendungsart der älteren Gesetze sichern, und ihr eine feste und gleichförmige Richtung geben wollte, die Bestimmung des Thatbestandes des Botendiebstahls zu erweitern und dadurch eine strengere Theorie zu begründen beabsichtigt. Da nun diese Voraussetzung hier insofern nicht vorhanden sei, als Inkulpat nur als Ortsdiener und Gerichtsbote, keineswegs aber auch als ein Bote, welcher Privatbriefe und Pakete von einem Orte zum andern zu bringen hat, verpflichtet worden, so könne auch die Bestimmung des §. 87 des Strafedikts auf ihn keine Anwendung finden.

Diesem nach halte er die That nur für eine Unterschlagung anvertrauter Habe, welche nach §. 82 und 81 des Strafedikts nur bürgerlich je nach Ermessen des Falles bestraft werden könne und da der Schaden — 122 fl. 19 kr. — fünf Marken übersteigt, so könne nach einer analogen Anwendung der Strafbestimmung über den Diebstahl in §. 75 des Strafedikts die verwirkte Strafe nur in etwa vier Monaten Arbeitshaus bestehen. Dabei gebe er aber noch zu bedenken, ob nicht wegen der Einführung des 24½ fl. Münzfußes (Reggsbl. 1837 Nr. 43) auch in strafrechtlicher Beziehung die feine Mark nunmehr zu 24 fl. 30 kr. zu rechnen ist, in welchem Falle der Schaden nur neun halbe Marken betrüge.

Dagegen war die Majorität der Meinung, daß Inkulpat eines gesetzlich ausgezeichneten Diebstahls sich schuldig gemacht habe. Denn — so wurde geltend gemacht — der §. 87 des Strafedikts sagt mit dürren Worten, daß es ein Diebstahl sei, wenn Boten das ihnen zur Obsorge Uebergebene sich aneigenen, wornach also die sonst bestrittene Frage, ob und in wie weit an dem anvertrauten Gut ein Diebstahl oder nur eine Unterschlagung begangen werden könne, in Bezug auf die im §. 87 genannten Personen so klar entschieden ist, daß ein weiteres Bedenken nicht mehr aufgeworfen werden kann. In Betreff des am Schlusse des oben angegebenen Votums erhobenen Bedenkens wurde entgegnet, daß durch §. 73 und 75 des Strafedikts der Werth einer halben Mark Silbers in Ansehung des Strafmaßes auf 12 fl. festbestimmt sei und daß es unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers habe liegen können, die Strafscala von Finanzgesetzen oder Münzconventionen abhängig zu machen.

Hiernach wurde durch hofgerichtliches Urtheil vom 29. Mai v. J. Inkulpat der Entwendung eines Paketes mit 122 fl. 19 kr. und des dadurch verübten ersten großen gesetzlich ausgezeichneten Diebstahls für schuldig erklärt, deßhalb zur Erstehung einer neunmonatlichen gemeinen Zuchthausstrafe verurtheilt.

Auf den hiegegen ergriffenen Rekurs erhielt diese Entscheidung die Bestätigung durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 13. November v. J., indem der höchste Gerichtshof der Ansicht der Majorität des Hofgerichtes beitrat, und hierüber in den Entscheidungsgründen Folgendes sagte:

Die That des Inkulpaten bleibe immerhin, wenn auch derselbe nicht besonders als Bote zur Besorgung der Privatbriefe und Pakete verpflichtet worden sei, eine Unterschlagung desjenigen, was ihm in seiner Eigenschaft als öffentlich aufgestellten Boten anvertraut worden, und erscheine daher nicht nur als Verletzung eines gewöhnlichen Auftrages, beziehungsweise als gemeine Unterschlagung, sondern als das, wegen seiner Gemeingefährlichkeit besonders ausgezeichnete und als Diebstahl der

Boten erklärte Vergehen des §. 87 des Strafedikts, wobei es auch nicht darauf ankomme, ob eine frühere — übrigens hinsichtlich der Bestrafung solcher Vergehen bei weitem strengere — Landesgesetzgebung etwa noch die besondere Verpflichtung des Boten, als solchen, verlangt habe. — Soviel über obige Frage nach der jetzigen Strafgesetzgebung.

Anders verhält sich aber die Sache nach unserem neuen Strafgesetze. Denn in dem XXVI. Titel des Gesetzbuches, der von dem Diebstahl handelt, ist in §. 385, Nr. 10 nur von Feldhütern, Waldhütern und anderen Wächtern die Rede, nicht aber von den öffentlich aufgestellten Boten. Von diesen wird erst in dem XXVII. Titel des Gesetzbuches, der von der Unterschlagung handelt und zwar in §. 404, Nr. 2 gesprochen und hiernach so wie nach §. 702 ist die von einem öffentlichen Boten verübte rechtswidrige Zueignung einer ihm anvertrauten Sache bloß als eine Unterschlagung zu bestrafen, wobei jedoch die Eigenschaft als Bote einen Erschwerungsgrund bildet.

Haager.

III.

Gegen das Erkenntniß, wodurch auf gepflogene Verhandlung eine Klage noch zur Zeit abgewiesen wird, steht beiden Theilen die Appellation zu.

Wiewohl sich dieser Satz schon durch die Betrachtung rechtfertigt, daß die Appellation ein beiden Parteien gemeinschaftliches Rechtsmittel ist, so wurde doch hin und wieder behauptet, es stehe der Appellation des Beklagten der §. 1172 der Proceßordnung entgegen, weil ihm durch ein solches Urtheil weder etwas aberkannt, noch dem Kläger etwas zugesprochen werde. Dies mag auch allerdings dann richtig sein, wenn gleich von Vorneherein nach Maßgabe des §. 359 verfügt worden ist: „die Klage findet noch zur Zeit nicht statt.“ Denn hievon erhält der Beklagte bloß Nachricht ohne irgend eine Auflage, wodurch sein Rechtsstand benachtheiligt werden könnte.

Ist aber auf die Klage im Sinne des §. 253 richterlich verfügt und hierauf zwischen den Theilen contradiktorisch verhandelt worden, so gewinnt die Sache ein anderes Ansehen, indem alsdann gegen den Beklagten gesetzlich bestimmte Wirkungen eintreten, §. 257 und 258.

War der Letztere genöthigt, auf die Klage zu antworten und das von ihm gestellte Begehren darauf gerichtet, daß der Kläger schlechthin abgewiesen werde, so muß nach dem Princip der Gleichheit der Beklagte das Recht haben, dieses Begehren durch alle Instanzen, in welche die Sache der Summe nach gelangen kann, zu verfolgen, weil er nicht schuldig ist, einem zweiten Proceß entgegen zu sehen, wenn er jetzt schon darthun kann, daß die Klage unbegründet oder durch Einreden elidirt sei.

Der Anspruch, womit der Kläger noch zur Zeit abgewiesen wird, ist für beide Theile gleich groß; wenn also derselbe für den Kläger zur Appellation hinreicht, so muß er auch für den Beklagten genügen.

Man wird, wenn im gegebenen Fall der Kläger appellirt, dem Beklagten das Recht der Anschließung unbedenklich einräumen, um die definitive Abweisung des Klägers zu erwirken, da dergleichen Adhäsionen schon zu häufig statt gegeben worden ist, als daß hierüber noch Zweifel bestehen könnten. Wo aber die Anschließung zulässig ist, da findet, unter Voraussetzung der hierzu erforderlichen Summe, auch die Appellation als selbstständiges Rechtsmittel statt.

Erst kürzlich wurde in einem ähnlichen Falle (Weil gegen Jehle) die Oberappellation des Beklagten zugelassen und in der Hauptsache erkannt. D. R.

IV.

Eine einstweilige Verfügung ist wieder aufzuheben, wenn nicht alsbald eine Klage nachfolgt, und es muß deßhalb der Richter entweder von Amtswegen oder auf Antrag des Impetraten eine Frist zur Erhebung der Klage in der Hauptsache anberaumen.

In der Gemarkung Schönau befindet sich ein Buchenwald, der Ebnewald genannt, von etwa 80 — 100 Morgen groß. Dieser Wald war stets ein theils abgetheiltes Eigenthum, theils Miteigenthum mehrerer Familien in Schönau, jedoch zu ungleichen Antheilen. Färber Johann Nepomuk Kaiser und dessen Sohn Joseph Kaiser befanden sich im Besitze solcher Antheile an dem gesammten Wald. Die angeblichen Miteigenthümer, Bürgermeister

Stib und Consorten traten am 23. Mai 1842 gegen Johann Nep. und Joseph Kaiser, mit einer Bitte um Erlassung einer provisorischen Verfügung auf, wodurch diesen beiden alles Holzfällen in dem gemeinschaftlichen Ebnewald untersagt werden sollte. Sie erwirkten auch eine solche am 25. Mai 1842 und am 23. Januar 1843. Durch die erstere Verfügung wurde das Holzfällen bei zehn Reichsthalern Strafe untersagt und durch das letztere Dekret die Versteigerung des gefällten Holzes und die Deponirung des Erlöses verfügt. Am 28. Mai 1845 stellte Fridolin Steiger vor Gericht folgende Behauptungen auf: Sein verstorbener Schwiegervater, Joseph Wetzel, sei Eigenthümer an einem $^1/_{24}$ des Ebnewaldes gewesen; dieser Waldantheil grenze an den Wald der beiden Kaiser, und es seien die Grenzen durch keine Marken bezeichnet, es sei daher für ihn Gefahr vorhanden; sein Schwiegervater habe an dem früheren Rechtsstreite Theil genommen und seine Frau, Josepha Wetzel, sei die alleinige Erbin ihres verstorbenen Vaters. Auf den Grund dieser Behauptungen verlangte Fridolin Steiger die Aufrechthaltung der amtlichen Verfügung vom 25. Mai 1842 zur Wahrung seines Interesses, und es erging am 28. Mai 1845 gegen Joseph Kaiser und dessen Vater Johann Nep. Kaiser eine provisorische Verfügung, wodurch diesen beiden aufgegeben wurde, bei 50 Reichsthalern Strafe kein Holz aus dem strittigen Walde abzuführen. Da dieselben dieser Auflage nicht nachkamen, so wurden sie am 13. September 1845 wegen unbefugten Wegführens des Holzes aus dem Ebnewald in eine dem Kläger zufallende Geldbuße von 50 Reichsthalern verfällt, unter Androhung der doppelten Strafe für den weitern Uebertretungsfall. Bei diesen Verfügungen beruhte die Sache und Fridolin Kaiser erhob keine weitere Klage zur Verfolgung seiner Ansprüche auf den Ebnewald. Um endlich mit Fridolin Steiger in das Reine zu kommen, wußte Joseph Kaiser, der unterdessen Rechtsnachfolger seines Vaters wurde, keinen andern Ausweg, als gegen jenen eine provocatio ad agendum anzustellen, welche er auf die oben angegebenen Behauptungen des Fridolin Steiger und die hierauf ergangenen Verfügungen gründete.

Auf gepflogene Verhandlungen erkannte jedoch der Unterrichter, daß die angestellte Provokationsklage nicht stattfinde; indem derselbe annahm, daß die gesetzlichen Voraussetzungen zu einer solchen Klage nicht vorhanden seien, zumal dem Joseph Kaiser selbst eine Klage zustehe.

Das Hofgericht des Oberrheinkreises änderte aber den amtlichen Bescheid durch Urtheil vom 20. Mai 1846 dahin ab:

Der Provokat Fridolin Steiger sei schuldig, diejenigen Ansprüche, zu deren Sicherung er die provisorische Verfügung vom 28. Mai 1845 erwirkt hat, binnen vier Wochen gerichtlich geltend zu machen, widrigenfalls die provisorische Verfügung wieder aufgehoben werden soll.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Der zum Klagen Aufgeforderte hat eine provisorische Verfügung erwirkt, wornach der jetzige Aufforderer in dem Ebnewald, welcher wenigstens theilweise dessen Eigenthum ist, kein Holz fällen darf. Diese Verfügung wurde vor angefangenem Hauptprocesse begehrt, seither aber keine Klage erhoben und die Anstellung derselben wurde nunmehr von dem Aufforderer verlangt.

Eine provisorische Verfügung ist ihrem Wesen nach nur eine Nebensache eines andern oder Hauptprocesses, und obgleich im Nothfalle schon vor angefangener Hauptsache eine fürsorgliche Anordnung begehrt werden kann, so bleibt dieselbe nichtsdestoweniger durch Erhebung und Erledigung der Klage in der Hauptsache bedingt. Es erklärt deßhalb derjenige, welcher eine solche Verfügung vor erhobener Klage beantragt, ebendadurch stillschweigend, daß er im Begriffe sei, den Hauptproceß zu beginnen und den Sieg Rechtens herbeizuführen, dessen Vereitelung in den Früchten abzuwenden, Zweck der provisorischen Verfügung war.

Wenn nun der Richter einem solchen Gesuche willfahrt hat, so kann es unmöglich in der Willkür des Impetranten liegen, einerseits die Anstellung einer Klage zu unterlassen und andererseits von der Fortdauer des Provisoriums Nutzen zu ziehen, so daß am Ende der Impetrat zur Erhebung einer Klage genöthiget würde, wie wenn er durch ein nachtheiliges Erkenntniß in possessorio unterlegen wäre. Vielmehr gebietet die Natur der Sache, daß die einstweilige Verfügung wieder aufgehoben werde, wenn nicht alsbald eine Klage nachfolgt, und es wird deßhalb schon gemeinrechtlich als Grundsatz angenommen, vergl. Schmid Civilproceß Band III. S. 121. N. g. — daß der Richter entweder von Amtswegen oder auf Antrag des Impetraten eine Frist zur Erhebung der Klage anberaumen müsse. Gleiches liegt, wenn auch nicht in einem ausdrücklichen Paragraphen, so doch in

dem Geiste unserer Proceßordnung (vergl. §. 759. Abs. 2).

Wenn daher auch die erhobene Aufforderungsklage als solche nicht begründet erscheint, weil der Provokant selbst eine Klage anstellen könnte, oder wenigstens aus seinem Vortrage sich nicht ergibt, daß die Rolle des Klägers nur seinem Gegner gebühre, und wenn ferner ebendeßhalb der Rechtsnachtheil des ewigen Stillschweigens unstatthaft ist, so liegt in der Aufforderung jedenfalls der dem Impetraten schon als solchem zustehende Antrag auf Erhebung einer Klage in der Hauptsache und ist als solcher begründet.

Es ist ferner in dem beantragten Rechtsnachtheile, daß dem Provokaten ewiges Stillschweigen auferlegt werden soll, folgeweise auch begehrt, daß im Falle der Nichterhebung einer Klage die provisorische Verfügung wieder aufgehoben werden soll, weil dieses als nothwendige Folge des Stillschweigens eintreten müßte.

Aus diesen Gründen erging obiges Urtheil.

Von dem Großherzoglichen Oberhofgericht wurde das hofgerichtliche Erkenntniß durch Urtheil vom 5. November 1846 aus folgenden Gründen bestätiget.

Das hofgerichtliche Erkenntniß kann zwar, wie jener Gerichtshof selbst anerkennt, aus den Vorschriften der Proceßordnung über die Aufforderung zur Klage nicht gerechtfertigt werden; dagegen ist es, wie Gönner Band 4, Abhandlung 53 das Nähere ausführt, und wie auch aus der Proceßordnung §. 709 und sequ. und insbesondere aus §. 710 unzweifelhaft hervorgeht, die eigenthümliche Natur der eigentlichen provisorischen Verfügungen — in Vergleichung mit andern richterlichen Aussprüchen —, welche, wie z. B. der Arrest und die Entscheidung im Besitzprocesse, auch einen provisorischen Charakter haben, „daß sie, die eigentlichen provisorischen Verfügungen, nicht wie jene ein selbstständiges Bestehen haben, sondern lediglich — als Nebengesuch zu einem schon erhobenen, oder noch zu erhebenden andern Processe begehrt, und auch nur in solcher Weise erlassen werden können.“

Es ist, wie Gönner treffend bemerkt, den Parteien damit allein nicht gedient, daß der Richter das Recht spreche, der Vollzug des Richterspruches ist ihnen die Hauptsache. Alles also, was dessen dereinstige Möglichkeit gefährdet oder sehr erschwert, muß bei der unvermeidlichen Zeitdauer der Processe einstweilen beseitigt werden können. Wenn der Richter überhaupt nur wegen bestrittener Rechte angegangen werden kann, wenn es überhaupt nicht angeht, ihm zuzumuthen, daß er auf den vorerst noch völlig ungewissen Fall hin, daß künftig etwa ein Recht streitig werden könnte, eine Entscheidung gebe, oder sonst durch seine Thätigkeit die Willkür der Parteien beschränke, so ist es am allerwenigsten in Bezug auf einstweilige Verfügungen, welche ohne vorherige Vernehmung des Beklagten gegen ihn erkennen, und in gewissem Betracht im Voraus eine Vollstreckung anordnen, statthaft, daß dieselben ohne genaue Angabe desjenigen streitigen Rechtsverhältnisses, welchem sie sich als Nebensache anschließen, von dem Richter begehrt und von diesem ertheilt werden können.

An einer solchen Anführung hat es denn auch auf Seiten desjenigen, der die provisorische Verfügung erwirkte, nicht gefehlt; die beiden Bevollmächtigten Stib und Gangmann, auf deren gerichtliche Schritte, als mit in seinem Auftrage geschehen, Steiger sich in seinem Inhäsiv-Gesuch vom 28. Mai 1845 berief, hatten ausdrücklich erklärt, daß sie das beiderseitige Miteigenthum anerkennen, daß solches abgetheilt werden solle, und daß sie demnächst in der Hauptsache Klage erheben wollten.

Es war also damit die einstweilige Verfügung hinlänglich bestimmt in Bezug auf denjenigen Proceß, welchen die Impetranten über die Waldtheilung gegen die beiden Kaiser zu erheben ankündigten, begehrt, und ebenso auch vom Richter nur diesem Begehren gemäß, d. h. in Bezug auf den von den Klägern, ihrer Ankündigung gemäß, demnächst zu erhebenden Proceß ertheilt.

Wenn nun aber der jetzige Impetrat Steiger, als der einzig noch übrige von denen, welche die provisorische Verfügung erwirkten, nach einigen Jahren auf deren Fortdauer besteht, ohne bisher die Klage, in Bezug auf welche die Verfügung ertheilt wurde, erhoben zu haben, so ist das Begehren des Impetranten, ihm zur Erfüllung dieser durch die Natur der Sache und durch ausdrückliche Zusage übernommenen Verbindlichkeit einen richterlichen Termin anzuberaumen, wohl begründet; nur das damit verbundene Begehren der Androhung des Verlustes der Klage ist unstatthaft, weil darin ein richterlicher Zwang zur Klagerhebung läge, wie ihn das Gesetz nur unter den Voraussetzungen der Provokation gestattet; weil aber der Verlust der Klage, als der Hauptsache, auch dem

Verlust des Provisoriums, als der Nebensache, nach sich ziehen würde, so kann allerdings das Begehren der bloßen Androhung des letzteren Verlustes, als in jenem Begehren mitbegriffen, erachtet werden; es hat deßhalb der Unterrichter, indem er diesen Rechtsnachtheil androhte, nicht etwas verfügt, um was nicht gebeten war; auch hat er damit gegen die Regel: „daß Niemand zum Klagen gezwungen werden solle,“ nicht nur nicht verstoßen, indem der bloße Verlust des Provisoriums die Klagerhebung keineswegs unmöglich macht; es würde vielmehr im Gegentheil gegen jene Regel verstoßen, wenn der Richter da, wo der Hauptproceß noch nicht erhoben ist, eine, die Rechte des Impetraten möglicher Weise in ihrem vollen Umfange außer Wirksamkeit setzende, — provisorische Verfügung erlassen würde, welche nicht an die Bedingung der sofortigen Klagerhebung durch den Impetranten geknüpft wäre, und eben damit dem Impetraten den wirksamsten Zwang zur Klagerhebung indirekt anlegte.

Aus diesen Gründen 2c. Haager.

V.

Vierfacher Mord an der Zimmermann Joseph Müllerschen Wittwe und ihren drei Kindern in Ballenberg, Amts St. Blasien, aus Rachesucht.

Die Untersuchung dieses Criminalfalls liefert das seltsame Beispiel, daß ein aus Uebereilung des Inquirenten eidlich abgehörter Zeuge bald selbst als der Urheber der Verbrechen bezüchtigt und eingezogen wurde. Noch seltsamer aber ist der Umstand, daß in der Aussage des vermeintlichen Zeugen uns gleichsam ein Spiegel vorgehalten wird, in welchem wir den Zeugen als den Thäter deutlich erkennen. Enthält sie auch kein offenes Bekenntniß der eigenen Schuld, so ist diese doch aus der Angabe seiner genauen Bekanntschaft im Hause und seines vertrauten Verhältnisses mit der Wittwe, welche „nur ihm allein zur nächtlichen Zeit die Thüre öffnete,“ und aus seinem eigenen Urtheile über die vermuthliche Beschaffenheit und Absicht des Thäters nothwendig zu folgern, wenn man damit und mit seinem Karakter und Motive seinen Gang am verhängnißvollen Abende nach Ballenberg, wohin ihn ein „unwiderstehlicher Drang“ hinzog, in Verbindung bringt. Seine Anwesenheit am „gefährlichen Orte zur That“ erhält durch Uebereinstimmung mit den von ihm selbst angegebenen Umständen ihre Erklärung, wornach der erhobene Indicienbeweis zur Evidenz sich steigert.

Nicht minder seltsam erscheint endlich, daß die merkwürdige Aussage G's, welche in meinem Instructivvotum hervorgehoben worden, in den oberhofgerichtlichen Erwägungen ganz außer Acht geblieben, wenigstens mit keiner Silbe berührt ist.

Geschichtserzählung.

Am 8. Dezember 1842, Morgens, hat man die 40 Jahre alte Wittwe des Joseph Müller in Ballenberg mit ihren drei Kindern Remigius, Paul und Joseph Müller, von welchen das erste 11, das andere 8 Jahre und das dritte noch nicht volle 9 Monate alt war, in ihrer Wohnstube und Nebenkammer todt gefunden. Die Mutter und der Sohn Paul lagen auf dem Boden in der Stube, der Sohn Remig in seinem Bette der anstoßenden Kammer und das kleine Kind in der Wiege auf dem Rücken. Die Leichname waren mit zahlreichen Wunden, meistens Kopfverletzungen bedeckt und auf eine grausame Art verstümmelt, insbesondere die Schädel zerschlagen und die Hirnsubstanz schwer verletzt, so daß die Gerichtsärzte nach dem Erfund auf den Gebrauch eines schweren scharfen Werkzeugs — eines Beils oder Axt — schlossen, welches theils mit der Schneide theils mit dem stumpfen Theile oft wiederholt und mit Kraft auf die Erschlagenen geführt worden sein mußte.

Nach dem übereinstimmenden Gutachten der Gerichtsärzte und des hofgerichtlichen Medicinalreferenten sind die sämmtlichen Verletzungen als die Folgen äußerer Gewalt, und bei jedem Einzelnen insbesondere die Kopfverletzungen als absolut tödlich, so wie auch als die alleinige und zureichende Ursache des eingetretenen Todes zu betrachten. Sie nehmen dabei an, daß aller Wahrscheinlichkeit nach die Verletzungen von einer Person und mit demselben Instrumente zugefügt worden seien. Sie begutachten zugleich, gestützt auf den bei der Section gefundenen Inhalt der Mägen und den Grad des Verdauungsprocesses, so wie auf die übrigen Erscheinungen, daß die That bald nach dem Nachtessen (zwischen 7 und 8 Uhr) vorgefallen sein müsse. Es geht aus allen Um-

ständen unzweifelhaft hervor, daß die Wittwe zur Zeit, als sie im Begriffe war, sich auszukleiden und ins Bett zu legen, meuchlerisch überfallen und zusammen gehauen worden, und daß ihr Sohn Paul, noch in Hemde, Hosen und Strümpfen, um sein Leben und vielleicht auch das seiner Mutter sich gewehrt haben muß, da sowohl an den frischen Spuren von schwärzlichem Koth an Hosen und Strümpfen, als auch an den in der Wohnstube zerstreuten, diesem Knaben ausgerauften blonden Locken zu erkennen war, daß er von dem Mörder auf den Boden herumgeschleift worden, bis seine Hirnschale durch mehrere Hiebe am Kopfe zerschlagen war.

Der Thatbestand eines vierfachen, schauderhaften Mords, wodurch das Leben einer ganzen Familie in wenigen Minuten zerstört worden, ist auf legale Weise vollständig hergestellt. Ein Zweifel kann nur noch über den Urheber dieser Verbrechen obwalten, da gegen den wegen Verdachts in Untersuchung und Verhaft gezogenen Jos. G. kein direkter Beweis vorliegt; denn der Angeschuldigte läugnet hartnäckig die That und Niemand hat ausgesagt, daß er ihn solche vollbringen gesehen habe.

Der Gerichtshof hat auf den Grund der ihm vorgelegten Untersuchungsacten und der erhobenen Vertheidigung ein Urtheil gefällt, wodurch der Angeschuldigte des Mords der fraglichen Wittwe und ihrer Kinder zwar für klagfrei erklärt und mit den Kosten verschont, aber wegen der mit seiner Entlassung verbundenen Gefahr für die allgemeine Sicherheit und gesellschaftliche Sittlichkeit zu einer Haft (Detention) von fünfzehn Jahren im Zuchthause *) verurtheilt worden ist.

Auf den gegen dieses Urtheil vom Angeschuldigten ergriffenen Recurs hat das Großherzogliche Oberhofgericht die Verurtheilung zur Detention aufgehoben.

Die Entscheidungsgründe zu diesem abändernden Erkenntnisse lauten vollständig also:

„Der Recurrent J. G. findet sich durch das Urtheil des Hofgerichts insofern beschwert, als sich dasselbe nicht auf die Klagfreierklärung beschränkt, sondern zugleich auf eine Detention von 15 Jahren im Zuchthause gegen ihn erkennt.“

Diese Beschwerde wurde von dem diesseitigen Gerichtshofe für begründet erachtet.

Zwar läßt sich nicht mißkennen, daß das vorliegende Verbrechen an und für sich in die Klasse derjenigen gehört, bei welchen nach §. 10 des Strafedikts neben der Klagfreierklärung auf eine Detention des betreffenden Angeschuldigten erkannt werden kann, denn es sind dort als in diese Klasse gehörig alle vorbedachten und überlegten Angriffe auf Menschenleben ausdrücklich genannt, während sich hier bei der Zahl und Beschaffenheit der Wunden, bei dem angewendeten Instrument — einem Beile, — welches, da im Hause selbst ein solches nicht fehlte, der Thäter mitgebracht haben muß, und bei dem Umstand, daß der letztere nicht einmal des kleinen Kindes in der Wiege schonte, daß derselbe daher die Vernichtung der ganzen Familie beabsichtigt zu haben scheint, kaum bezweifeln läßt, daß die That nicht das Werk augenblicklicher Aufwallung, sondern daß dieselbe vorher beschlossen und vorbereitet war.

Dagegen fehlt dafür, daß der Rekurrent der Thäter sei, derjenige Grad dringender Wahrscheinlichkeit, welcher zur Erkennung der außerordentlichen Maßregel der Detention erforderlich ist.

Was

1) die persönlichen Verhältnisse des Rekurrenten betrifft, so läßt sich seinem Leumunde nach nicht annehmen, daß man sich einer That, wie diejenige ist, welche hier in Frage steht, zu ihm versehen könne. Derselbe wird zwar von mehreren Zeugen als ein aufbrausender, jähzorniger und verwegener Mensch bezeichnet und es sind einige Vorgänge angeführt worden, welche allerdings zeigen, daß der Rekurrent geneigt ist, bei Streithändeln gegen seine Gegner mit Heftigkeit aufzutreten und gewaltthätig gegen dieselbe einzuschreiten. Es ist jedoch hiebei zu erwägen, daß ein ähnliches Verhalten bei Leuten ungebildeten Schlags häufig gefunden wird, daß gegen den Rekurrenten nur zwei Anläße aufgebracht werden konnten, bei welchen derselbe heftige Drohungen, die übrigens nicht zu eigentlichen Thätlichkeiten führten, ausstieß, und daß ein dritter Anlaß zwar zu einer geringen Körperverletzung des Gegners führte, dieser Anlaß selbst aber ohne allen gefährlichen Karakter war. Die Eigennützigkeit des Rekurrenten verdient hier, wo die That, in wie fern sie ihm zur Last gelegt wird, allen Umständen nach nicht wohl auf einen Geldgewinn berechnet sein konnte, keine besondere Beachtung, und noch weniger kann das Gerücht über das angebliche blutschänderische Verhältniß desselben zu seiner Schwester K. in Betracht gezogen werden, da solches des juristischen Beweises seiner Grundlage gänzlich ermangelt. (Schluß folgt).

*) Hiernach scheint der Gerichtshof angenommen zu haben, daß Inkulpat keine unbescholtene Person sei, weil sonst auf Detention im Arbeitshause erkannt worden sein würde. Bekanntlich verlangen aber Manche zur Verhaftung im Zuchthaus eine Anrüchtigkeit im Sinne des §. 2 unserer Eidesordnung, während Andere dafür halten, daß im einzelnen Falle das richterliche Ermessen zu entscheiden habe, ob eine Person als unbescholten oder als anrüchtig zu betrachten sei oder nicht. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. №ro. 9. Karlsruhe, den 27. Februar 1847.

I.

Vierfacher Mord
an der Zimmermann Joseph Müllerschen Wittwe und ihren drei Kindern in Ballenberg, Amts St. Blasien, aus Rachesucht.

(Schluß).

Dagegen darf nicht außer Acht gelassen werden, daß dem Rekurrenten von einer Anzahl von Zeugen das Lob der Thätigkeit und eines stillen Betragens und von dem Gemeinderath das Zeugniß eines rechtschaffenen Wandels ertheilt wird.

2) Mehr Verdacht wirft allerdings das Verhältniß, in welchem der Rekurrent mit der Wittwe Müller stand, auf den letztern, und derselbe verstärkt sich dadurch, daß sich der Verdacht, welcher auf andere Personen geworfen worden war, im Lauf der Untersuchung theils gänzlich widerlegt, theils so vermindert hat, daß derselbe für gehoben angesehen werden kann. Ersteres ist rücksichtlich der andern Bewerber um die Hand der Wittwe Müller, F. und S., und letzteres rücksichtlich der Brüder des verstorbenen Ehemanns derselben, welche einen ziemlich vollständigen Beweis ihrer Abwesenheit vom Ort der That um die Zeit der Verübung derselben geführt haben, und rücksichtlich des Lehenwiesers Sch., gegen welchen ein bestimmter Verdacht wenigstens in Ansehung der selbstigen Begehung der That überhaupt nicht vorliegt, der Fall, während rücksichtlich der Geschwister der Müllerschen Wittwe die allerdings aus dem Tode der letzteren und deren Kinder den Vortheil einer Erbschaft zögen, theils wegen ihres notorischen Aufenthalts an entfernten Orten, theils wegen ihrer freundlichen Stellung zu ihrer Schwester, theils endlich, so weit es den am nächsten wohnenden Bruder J. M. betrifft, von einem gegründeten Verdacht darum nicht die Rede sein kann, weil der letztere kurz vor dem Tode der Müllerischen Wittwe ernstlich bemüht war, derselben in der Person S. einen zweiten Ehemann zu verschaffen, was sich mit der Unterstellung des Wunsches, seine Schwester zu beerben, nicht vereinigen läßt. Da auch nicht wohl angenommen werden kann, daß die That von einer der Wittwe Müller ganz fremden Person in der Absicht, sie zu berauben, begangen worden sein möge, weil dieses Motiv nicht die Ermordung der ganzen Familie, selbst des einjährigen Kindes, erfordert haben würde, und weil an Effecten nichts vermißt wurde, der Dieb sich aber wohl nicht mit der Hinwegnahme einiger Gulden Geldes, wenn dessen anders vorhanden war, und entwendet wurde, begnügt hätte, so haftet in dieser Hinsicht allerdings ein Verdacht auf dem Rekurrenten, der mit der Wittwe Müller Monate lang in vertrautem Verhältnisse gelebt, sie zu heirathen beabsichtigt und von derselben höchst wahrscheinlich, obwohl er es läugnet, erfahren hatte, daß sie mit S., von dem er wußte, daß derselbe sich in der Absicht, die Wittwe Müller zu heirathen, bei ihr aufgehalten hatte, eine bestimmte Verlobung eingegangen und daß sich S. am 3. Dezember 1842, vier Tage vor der That, von der Wittwe Müller unter der Verabredung entfernt hatte, mit dieser am 17. Dezember vor den Behörden in St. Blasien zusammen zu treffen, um daselbst die Eheberedung niederschreiben zu lassen. Es ist nach diesen Umständen sehr wahrscheinlich, daß der Rekurrent zwischen dem 3. und 7. Dezember versucht haben mag, die Wittwe Müller von der Verlobung mit S. wieder abzubringen; es ist möglich, daß ihm dies nicht gelang, und es läßt sich, wenn dies der Fall gewesen sein sollte, nicht mißkennen, daß in dem Verharren der Wittwe

Müller auf der Verehelichung mit S. und in dem Umstand, daß der Rekurrent hiedurch mit der Auflösung seines bisherigen Verhältnisses zu derselben bedroht war, ein Motiv zur Rache liegen möchte, die bei einem heftigen Gemüthe leicht in den Entschluß zu einer Gewaltthat übergehen konnte. Dieser Verdachtsgrund verliert indessen bedeutend an seinem Gewichte dadurch, daß über dasjenige, was zwischen dem Rekurrenten und der Wittwe Müller am 3. Dezember bis zum Todestage der letztern in dieser Beziehung vorging, ein dichter Schleier gezogen ist, daß hier alles auf Muthmaßungen beruht, welche durch eigentlich Thatsächliches zu wenig unterstützt sind, und daß diesen Muthmaßungen die Thatsache entgegen zu stehen scheint, daß der Rekurrent am 7. Dezember mehrere Stunden lang friedlich mit der Wittwe Müller verkehrte und dieselbe in ihren Angelegenheiten unterstützte.

3) Eigentliche Drohungen enthalten die von mehrern Zeugen angegebenen Aeußerungen des Rekurrenten:

„wenn es bei der Wittwe Müller eine Heirath gebe, so werde es noch etwas absetzen" und „die Ballenberger könnten die Hochzeit ohne den Commissär machen"

nicht, selbst wenn man solche zum Nachtheil des Rekurrenten auslegt; dieselben würden vielmehr unter dieser Voraussetzung nur Reden enthalten, welche die Absicht andeuten, die Verehelichung der Wittwe Müller mit S. vielleicht sogar mit Gewalt zu verhindern. Jene Aeußerungen lassen aber auch eine, dem Rekurrenten unnachtheilige Auslegung zu, wenn man erwägt, daß die Zeugen, welche vorzugsweise über die erstere derselben deponirten, Johann K. und Joseph Schl. sie in einer Weise darstellen, die sie in nicht gefährlichem Lichte erscheinen lassen, indem nämlich K. sagte, der Rekurrent habe jene Aeußerung ihm zum Trotze gethan, und „Schl. die Worte des Rekurrenten dahin angiebt, es kann noch etwas Anderes absetzen bis dorthin, ich heirathe die Wittwe, vielleicht aber auch nicht, und wenn man rücksichtlich der zweiten Rede des Rekurrenten erwägt, daß sich dieselbe etwa auch darauf beziehen lassen kann, daß ein Commissär zur Ehebereдung mit S. nicht nöthig sei, weil dieser ohne Vermögen ist.

4) Mehrere Zeugen deuten allerdings an, daß es ihnen geschienen habe, die Wittwe Müller habe den Rekurrenten in der letzten Zeit nicht mehr gemocht, aber den Muth nicht gehabt, denselben fortzuweisen. Hiergegen ist aber wieder in Betracht zu ziehen, daß andere Zeugen über die Zeit vom Monat November angeben, der Rekurrent und die Wittwe Müller hätten wie närrisch mit einander gethan.

5) Zu den wichtigsten Verdachtsgründen gegen den Rekurrenten gehört ohne Zweifel der, daß derselbe, nachdem er sich am 7. Dezember fast den ganzen Tag über in Ballenberg aufgehalten hatte, Abends um 6 Uhr nochmals dahin und zu den Lehnwieser Sch. Eheleuten begab, daß sich der Auftrag, welchen er von der Sch. Ehefrau in Bezug auf die gegen deren Ehemann eingeleitete Execution und die Einstellung dieser letztern gehabt zu haben behauptet, durch die Einvernahme der Sch. Ehefrau eben so wenig, als der von dem Rekurrenten behauptete Wunsch des Lehnwiesers Sch. in Ansehung des Rückempfangs des von der Wittwe Müller ersteigerten Strohs durch die Abhör Sch. bewährt hat, ferner daß sich der Rekurrent kurz vor der muthmaßlichen Zeit der Vollbringung der That, nämlich um 7 Uhr, aus dem Sch. Hause entfernt hat, und daß es wahrscheinlich ist, daß derselbe erst um 8 Uhr oder noch später nach Haus kam, während Ballenberg und Schlageten nur etwa 10 Minuten von einander entfernt liegen. Allein! daß der Rekurrent die Absicht gehabt haben möge, die Sch. Ehefrau in Betreff der eingeleiteten Execution zu beruhigen, zeigt sich dadurch als nicht unwahrscheinlich, daß die letztere, wenn sie dem Rekurrenten auch den Auftrag nicht ertheilt haben sollte, deswegen mit dem Bürgermeister zu Schlageten zu sprechen, doch zugiebt, daß sie sich bei der ersten Anwesenheit des Rekurrenten am 7. Dezember zu Schlageten wegen der Execution besorgt geäußert und die Absicht, am folgenden Tage zu Amt zu gehen, ausgedrückt habe, ferner dadurch, daß der Rekurrent am nämlichen Tage, zwischen 4 und 5 Uhr über diese Angelegenheit wirklich mit dem Bürgermeister zu Schlageten sprach und hinzufügte, er werde die ihm ertheilte Auskunft, daß zunächst keine weitere Vollstreckung gegen Sch. werde vollzogen werden, diesem hinterbringen, und daß derselbe dies bei seiner Ankunft der Sch. Ehefrau wirklich mitgetheilt hat. Was die Zeit des Weggehens von Ballenberg und der Heimkunft betrifft, so sind bei solchen Zeitangaben von Seite der Landleute leicht Irrungen möglich. Uebrigens läßt sich der Umstand, daß der Rekurrent am Abend des 7. Dezember zu Sch. ging, zugleich zu Gunsten desselben deuten, indem angenommen werden kann, der Rekurrent würde, wenn er die Absicht der Vollführung der That

gehegt hätte, seinen nochmaligen Gang nach Ballenberg verheimlicht haben, indem er einsehen mußte, daß das Bekanntwerden dieses Gangs leicht zu seiner Entdeckung führen konnte.

6) Die in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen unter Ziffer 7 erwähnte Erzählung einer Erscheinung auf dem Heimwege erscheint allerdings als eine Erdichtung. Indessen läßt sich die Erfindung dieses Gesichts eben so wohl dadurch erklären, daß der Rekurrent hiedurch den auf ihm ruhenden, wenn auch grundlosen Verdacht abzuwenden sich bestreben mochte, als dadurch, daß er sich in der That schuldbewußt gefühlt und mittels der Erzählung der Erscheinung den Untersuchungsrichter irre zu leiten gesucht habe.

7) Sehr verdächtigend ist das Benehmen des Rekurrenten zu Ballenberg am 8. und 9. Dezember bei Gelegenheit der amtlichen Besichtigung und gerichtsärztlichen Oeffnung der Leichen, namentlich seine Geschäftigkeit daselbst, sein Zittern beim Ausspanen des Wagens, seine Verlegenheit und sein Zittern nach den Worten des Benedict Sch., sein Verstummen bei den Worten des Leichenschauers Joseph Sch., seine Nachforschungen nach denjenigen Personen, welche man der That für verdächtig erachte, und darnach, ob der Bruder der Müllerschen Wittwe Joseph M. nicht etwa Aeußerungen von dieser erhalten habe, wen sie gefürchtet.

Doch bleibt auch hier denkbar, daß der Rek. durch das Schicksal, welchem die ihm so nahe gestandene Frau mit ihren Kindern erlag, erschüttert sein mochte, und daß in dieser Erschütterung der Grund zu seinem unsichern Benehmen liegen konnte, welche Unsicherheit sich natürlich steigern mußte, nachdem er Andeutungen erhalten hatte, daß man ihn für den Thäter halte. Die Fragen nach dem Verdacht, den man etwa in Bezug auf den Thäter hege, lassen sich durch die Umstände auch ohne die Annahme, daß sich der Rekurrent selbst der That schuldig fühlte, erklären und es sind dies wohl Fragen, die jede der damals anwesend gewesenen Personen gestellt haben wird.

8) Der von Melchior Sch. bezeugte Gang des Rekurrenten am frühen Morgen des 8. Dezember am Albbache würde nur dann für gewichtvoll zu erachten sein, wenn in Ansehung der später in diesem Bache gefundenen zerfetzten und beschmutzten Kleider hätte hergestellt werden können, daß solche dem Rekurrenten gehörten, was aber nicht gelungen ist.

9) Der Umstand, daß Franz D. am Abend des 7. Dezember um 11 Uhr noch Licht im Hause des Rekurrenten brennen sah, wird in seiner Bedeutung dadurch geschwächt, daß derselbe Zeuge später zugeben mußte, daß er die gleiche Wahrnehmung öfter gemacht habe.

10) Die Aeußerungen der Mutter des Rekurrenten: „er wird es halt (er wird etwas) eingestanden haben" und „schwätz brav, bis du eingesperrt wirst" sind zwar im Zusammenhang mit den übrigen Inzichten nicht ohne Gewicht, doch sind dieselben unbestimmt und ist bei ihrer Beurtheilung zu berücksichtigen, daß die Mutter des Rekurrenten eine bereits 77jährige Frau ist. Die Bemühungen der Schwestern desselben, ihn als unschuldig darzustellen, und die Zeugen zu günstigen Aussagen zu stimmen, lassen sich eben sowohl durch die natürliche Sorge für das künftige Schicksal ihres Bruders als durch die Mitwissenschaft an der Schuld desselben erklären.

Ist nun auch nicht zu läugnen, daß die gegen den Rekurrenten sprechenden Inzichten in ihrem Zusammenhang wichtige Verdachtgründe für die Thäterschaft desselben bilden; so begründen dieselben bei dem Umstand, daß keine davon zu der Classe von **nahen** gehört, daß keine davon **unmittelbar** auf den Rekurrenten als Thäter hinweist und daß sich Rekurrent nicht schon durch andere Handlungen als gemeingefährlich gezeigt hat, gleichwohl nicht denjenigen dringenden Verdacht, welcher nach den Worten und dem Grunde des §. 10 des Strafedicts zur Erkennung der Detention erforderlich ist, weswegen die — solche aussprechende Bestimmung des hofgerichtlichen **Urtheils** aufzuheben war. —

Rechtlich psychologische Betrachtungen über diesen Fall.

Vor allem ist der **Beweggrund** zur That (das Motiv) vor Augen zu stellen, welcher Zorn und **Rache** gewesen sein muß. Räuber und Diebe würden ihre Gewaltthaten an den Personen der Hausbewohner auf ihren Endzweck und ihre Sicherheit beschränkt, sie würden wenigstens das kleine Kind in der Wiege, das sie an dem Raube weder hindern noch verrathen konnte, verschont haben. Es fanden sich auch keine Spuren eines Einbruchs in das Haus, noch eines Ausbruchs von Kisten und Kästen, noch einer Entwendung von Halbseligkeiten. Der Abmangel

eines geringen, ohngefähren Geldvorrathes läßt sich leicht mit der Annahme, daß Inkulpat der Thäter sei, erklären; denn seiner bekannten Habsucht ist es zuzutrauen, daß er nach verübtem Mord auch diese Baarschaft von etwa 20 fl. sich zugeeignet hat, was ihm bei seiner genauen Bekanntschaft im Hause und mit der ganzen Einrichtung bis ins kleinste Detail, so wie mit dem Aufbewahrungsorte des Geldes leicht und bequem war. Inkulpat wußte insbesondere, daß die Wittwe ihre Schlüssel in einem Bunde sorgfältig am Leibe trug. Dieser Schlüsselbund lag bei dem gerichtlichen Augenschein ohnweit dem Leichnam der Wittwe in einem Korbe.

Die Triebfeder zu diesem vierfachem Morde kann nur in einem solchen Grade von Leidenschaft gesucht werden, die in der Vertilgung einer ganzen ihr verhaßten Familie ihre Befriedigung fand.

Nach aller sorgfältigen Erforschung und Auskunft ist die Wittwe mit keinem Menschen in Unfriede, Streit oder gar Feindschaft gestanden, den Inkulpaten dagegen hat sie sich kurze Zeit vor ihrem Tode zum unversönlichen Feind gemacht, weil sie ihr vertrauliches Leben mit ihm aufzugeben und nach dem Rathe ihres Bruders eine Heirath mit dem Wagner Sutter einzugehen beschlossen hat, zu deren förmlichen Abrede vor Notar und Zeugen schon die Tagfahrt bestimmt war. S . . ., dem es bei seiner Sittenlosigkeit und unzüchtigen Lebensweise nicht wohl Ernst sein mochte, ein legales Ehebündniß mit der Wittwe zu knüpfen, wenn sie sich auch dazu verstanden und nicht der Abmahnung ihres Bruders gefolgt hätte, betrug sich in der That schon wie ihr Lebensgefährte, er besorgte nicht nur für sie ökonomische Geschäfte, sondern er lebte auch in geschlechtsvertraulichem Verhältniß mit ihr, in Folge dessen sie sich sogar schwanger von ihm hielt, welch letzteres aber sich nicht bestätigt hat. Aus diesem ihm bequemen Verhältnisse sollte er nun in Bälde durch einen Nebenbuhler verdrängt werden. Erwägt man den unheimlichen heimtückischen Charakter, die leidenschaftlich aufbrausende Gemüthsart und die sittenlose Lebensgewohnheit des verschmähten Liebhabers, so erklärt sich der tiefe Groll und das Rachegefühl, das bei der ihm unangenehmen Nachricht in seiner Brust sich entzündet hat, das er bei verschiedenen Anläßen durch auffallende Aeußerungen zu erkennen gab und gleichsam drohend den Vorsatz aussprach, die bevorstehende Heirath der Wittwe mit einem Andern zu hintertreiben. Er sprach sich darüber eigenthümlich und lakonisch aus, so z. B.

„Es ist ein Anderer dort. Die Hochzeit wird ins Reine kommen, und die Ballenberger können die Heirathsabrede ohne den Commissär machen."

„Wenn es bei der Müllerschen Wittwe eine Heirath giebt, so wird es noch etwas absetzen."

Mit diesem dem Inkulpaten eigenthümlichen Motiv zum Verbrechen steht eine Reihe von Thatsachen und Umständen vor und nach der That in unmittelbarem Zusammenhange und zwar zunächst sein Gang nach Ballenberg, dem Wohnorte der Wittwe, am Abende, welchen Ort er nach verrichtetem Geschäfte für die Wittwe erst nach 4 Uhr Nachmittags verlassen, sich nach Haus (Schlageten, 10 Minuten weit) begeben und keine glaubhafte Veranlassung zur Rückkehr in der Nacht hatte, deren er zwar nacheinander zwei angab, aber sich in Widersprüche verwickelte und auf Frage 47 die psychologisch merkwürdige Antwort gab: „er habe einen unwiderstehlichen Drang gehabt, wieder nach Ballenberg zu gehen."

Worin anders konnte wohl dieser unwiderstehliche Drang bestehen, als in der Nöthigung der Wittwe zur Sinnesänderung in Bezug auf die bevorstehende Heirath eines andern, oder im Weigerungsfalle in der Ausübung der Rache. In die Zeit seines Aufenthalts daselbst fällt auch die blutige That. Ein Anderer als Inkulpat konnte sie nach seiner eigenen Erklärung nicht ausführen. Diese hat er im ersten Verhör (in welchem er aus Unvorsichtigkeit des Untersuchungsrichters als Zeuge mit einem Eid belegt und vernommen wurde) in Folgendem ausgesprochen:

„derjenige, der diese Mordthaten verübte, muß nach meiner Ueberzeugung im Hause gut bekannt gewesen sein, denn die Wittwe hatte Abends ihr Haus immer verschlossen und öffnete nicht, bis sie zum Fenster hinaus gefragt und sich überzeugt hatte, wer in das Haus hinein wolle. — Wenn ich selbsten, obschon die Wittwe auf mich vieles Zutrauen hatte, am Abend ins Haus wollte, so hat sie mich nicht eingelassen, bis sie sich vorher von meiner Person überzeugt hatte."

In dieser Erklärung liegt das Bekenntniß eines Verhältnisses mit der Wittwe, wornach er auch zur Nacht-

zeit des Einlasses zu ihr gewiß war, obgleich sie sich sorgfältig gegen Ueberfall von Fremden bewahrte. Er allein also war der Mann, der ihr Vertrauen besaß und solches auf eine so schauderhafte Weise mißbrauchen konnte. Ihm war also die Hinterlist leicht ausführbar, der ahnungslosen Frau das Beil unbemerkt auf das Haupt zu führen und sie niederzuschmettern, ohne daß sie im Stande war, noch kräftige Gegenwehr zu leisten. Mit dem Abschlachten der Kinder, von denen nur der achtjährige Paul sich gewehrt zu haben scheint, war er auch bald fertig, und so konnte er nach Vollbringung des Mordgeschäfts um 8 oder 8½ Uhr (nach seiner Mutter außergerichtlichen Angabe) wieder nach Haus zurückgekommen sein.

Wenn nun auch gleich Inkulpat, nachdem er früher seinen Gang nach Ballenberg zu verheimlichen suchte, nur seine Anwesenheit im Hause des Joseph Schmidle, des nächsten Nachbars der M. Wittwe, eingesteht, so ist doch aus obigen Thatumständen und Verhältnissen nicht minder als gewiß anzunehmen, daß Inkulpat den Gang Abends nach Ballenberg einzig in der Absicht gemacht hat, um sich wieder zu der Wittwe zu begeben und daß er wirklich in ihr Haus eingelassen worden ist. Wird diese Thatsache als wahr unterstellt, so kann auch keinem Zweifel Raum gegeben werden, daß er der Urheber jenes damals vollführten vierfachen Mordes ist.

Inkulpat machte eine Erzählung von einer Erscheinung, die ihm an jenem Abend auf seinem Rückweg nach Haus begegnet sei. Er giebt an, Gespenster und Todtenköpfe um sich gesehen zu haben, die ihn umgedreht und genöthigt haben, auf das Haus der erschlagenen Wittwe und jenes ihres Nachbarn zurückzuschauen. Wenn Inkulp. nur in dem Nachbarhause der Wittwe, nur bei J. Schmidle sich befunden hätte, bevor er seinen Rückweg nach Haus machte, wenn er also nicht bei der Wittwe gewesen und deren Ermordung ihm noch unbekannt gewesen wäre, so hätte ihm auch eine solche Erscheinung in Beziehung auf die Katastrophe der Wittwe nicht begegnen können. Es ist also in seiner Erzählung das Schuldbewußtsein, die Furcht einer Verfolgung von Rachegeistern für seine begangenen Verbrechen zu erkennen. (?)

Zu dieser Erscheinung gesellten sich noch andere Schreckensscenen des Inkulpaten, die aus einer Angst und Gemüthsunruhe seiner Seele sich darstellten und auffallende Erscheinungen in seinen Gesichtszügen sowohl als auch in seinen Reden und Körperbewegungen hervorbrachten. Unter andern ist hier besonders das Benehmen des G. in der Küche der Ermordeten beachtenswerth, da er in Gegenwart des Wächters das Beil zu suchen sich anstellte und schnell dreimal hintereinander, mit convulsivischer Mundbewegung fragte: wo ist der G ü r t e l? (das Beil) und auf die Antwort des Wächters: das werde er am besten wissen: erblaßte und verstummte. Eine auffallende Thatsache, welche auf das Beil Bezug zu haben scheint, hat G. selbst erzählt: er habe nämlich den Tag nach dem Mord in der obern Kammer nach dem Zimmermanns Handwerksgeschirr (der verstorbene Ehemann der Müllerschen Wittwe war ein Zimmermann) gesehen und gefunden, daß a l l e s, w i e a m T a g e v o r h e r b e i s a m m e n s e i u n d n i c h t s m a n g l e, was konnte G. wohl für einen dringenden Beweggrund haben, sich zur Zeit, da die Ermordeten noch im Hause lagen, in die Kammer, wo das Handwerksgeschirr aufbewahrt war, zu begeben und nach dem Vorhandensein jedes einzelnen Stücks sich so genau umzusehen? Eben so mußte sein Herumschleichen in dem Leichenhause zur Zeit der Anwesenheit der Untersuchungscommission und seine sorgfältige Aufmerksamkeit auf den Gang der Untersuchung allgemein auffallen, und sein ganzes Betragen, so wie sein Zittern und Unwohlsein nebst Mangel an Appetit deuten darauf hin, daß ihm die blutige That nicht fremd sei, sondern schwer auf ihm laste *).

Sonderbar hat sich G. durch eine Angabe im ersten Verhör vertheidigt, indem er den Verdacht der That auf Andere also zu wälzen suchte: die Wittwe habe ihm mehrmal und zwar noch am letzten Nachmittag Furcht geäußert, sie möchte mit ihren Kindern todt geschlagen werden, und auf sein Befragen nach Demjenigen, vor dem sie Furcht habe, habe sie ihm erklärt, sie werde ihn nicht für 100 fl. entdecken. Die Wittwe hatte — wie schon er-

---

*) Diese Umstände sind sehr trüglicher Natur. Selbst ein Unbefangener, welcher an derartige Scenen nicht gewöhnt ist, wird bei dem gräßlichen Anblick solcher Schlachtopfer leicht in einen Grad von Alteration versetzt werden, daß er sich unbehaglich fühlt und keine Eßlust verspürt. Das Benehmen des Angeschuldigten zeugt daher anscheinend gegen jene Verwilderung seines Gemüths, aus welcher der teuflische Entschluß zur Ermordung einer ganzen Familie entsprungen sein soll. D. R.

wähnt — keinen muthmaßlichen Feind, vor dem ihr und ihrer Kinder Leben in Gefahr schweben konnte, außer den G. aus dem oben angeführten Grunde. Er mag ihr daher mit Todtschlagen gedroht haben, für den Fall, daß sie ihn verstoßen und den Andern heirathen werde. So viel ist wenigstens aus der eigenen Angabe G . . s zu schließen, daß der Gedanke an die Ermordung der Wittwe bei ihm schon lange erwacht war, bevor solcher zur Ausführung kam.

Zur Entfernung verrätherischer Spuren der That hatte G. Zeit und Gelegenheit im Ueberfluß, zumal bei der auffallenden Vernachläßigung und Untüchtigkeit des ersten Untersuchungsrichters, den ein anderer besonders delegirter ablöste, nachdem die beste Zeit versäumt war. Es kann daher der Mangel solcher Spuren nicht dem G. zum Vorschub gereichen, wenn andere Anzeigen genug zur Hand sind. Daß aber G. mit Vertilgung solcher Spuren sich beschäftigte, dafür sprechen mehrere Umstände, so z. B. daß man in der Nacht unmittelbar nach der That zur ungewöhnlichen Stunde, um 11 Uhr, wo G. schon lange im Bette gelegen sein will, noch Licht in seiner Wohnung wahrnahm, ohne daß eine glaubhafte Ursache zu diesem Lichtbrennen nachgewiesen wurde. Wichtiger ist die Thatsache, daß am andern Morgen gegen 7 Uhr G. an dem Albflusse auf- und abgehend gesehen worden ist. Ein Gang, welcher unter den damaligen Umständen keinen andern Zweck gehabt haben mag, als sich der Spuren und verdächtigen Effekten zu entledigen. Dafür spricht namentlich das Auffinden eines Aermels und zerschnittenen Hemdes von Baumwolle, einem Stoffe, von welchem man Hemden im Besitze G.'s gefunden hat. Die Wichtigkeit dieser Anzeige einsehend, hat G. die bezeugte Thatsache widersprochen, so wie er überhaupt Alles, auch Erwiesene, frech geläugnet oder, wo möglich eine unschuldige Deutung zu geben versuchte.

Ein Gerücht, wornach die Kinder der Schwestern des G. denselben am Abende bei seiner Ankunft im Hause mit Blut bespritzt gesehen und darüber ihre Verwunderung geäußert hätten, ist zwar nicht mit Zuverläßigkeit herausgestellt; es verdient aber doch in Verbindung mit andern Umständen, als dem späten Licht in der Nacht und dem Gang zur Alb um so mehr Beachtung, als aus der Befangenheit der Mutter und ihrer Töchter, insbesondere aus der Aeußerung der erstern über ein vermuthetes Geständniß ihres Sohns vor Gericht ihre Mitwissenschaft an der That ihres Sohnes wahrscheinlich wird.

Nach den oberhofgerichtlichen Gründen sollen die persönlichen Eigenschaften G.'s nicht von der Art sein, daß man ihm das Verbrechen zutrauen könne; zumal ihm sowohl von einer Anzahl Zeugen das Lob der Thätigkeit und eines stillen Betragens, als auch von dem Gemeinderath das Zeugniß eines rechtschaffenen Wandels ertheilt worden.

Allerdings schildern mehrere Zeugen den G. als sehr fleißig und im hohen Grade häuslich, und in dieser Bedeutung ist das Leumundszeugniß zu verstehen, abgesehen von seinen bösen Leidenschaften, auf welche das Sittenzeugniß des Pfarramtes hindeutet. Die Zeugen, welche seine Arbeitsamkeit und Sparsamkeit bestätigen, heben aber auch seinen heimtückischen Charakter, sein unheimliches Wesen und seine Leidenschaft von Zorn und Rachesucht hervor. Mit einer andern Leidenschaft ist er ein Gegenstand des öffentlichen Aergernisses geworden. Kann man auch einem Gerüchte, daß er Blutschande mit seiner Schwester Kathar. getrieben habe, keine Beweiskraft beilegen; so liegen doch eidliche Zeugnisse vor, wie so manche Eheweiber seinen Nachstellungen, ja gewaltsamen Verfolgungen zur Befriedigung seiner Lust ausgesetzt waren, bis er in ein geschlechtsvertrauliches Verhältniß mit der Wittwe Müller getreten war.

Ueber seinen Jähzorn und seine Rachesucht ist unter andern ein Vorfall im Walde vollständig bewiesen, der nicht zu den gewöhnlichen Ausbrüchen roher Menschen seines Schlags gezählt werden kann, sondern bedeutungsvoll erscheint für das in Frage stehende Verbrechen, das nur der glühendsten Rachesucht zugeschrieben werden kann.

G. ist daher nach seinem Charakter, seiner unmoralischen Beschaffenheit und Lebensart ein Mensch, dem man die schauderhafteste That zutrauen kann, ja! dem man sie unter den vorliegenden Umständen zutrauen muß. (?)

Es sind übrigens, was das Leumundszeugniß des Gemeinderaths betrifft, von einem Zeugen, dem Accisor B. Thatumstände gegen den Bürgermeister angegeben, welche ihn der Begünstigung G.'s und seiner Angehörigen beschuldigen und die Aufrichtigkeit des Leumundszeugnisses in Zweifel stellen. Daher wohl Veranlassung dazu gewesen wäre, eine Untersuchung zur nähern Aufklärung der Sache anzuordnen.

Die Gründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil erklären zwar die für die Thäterschaft des G. sprechenden Inzichten in ihrem Zusammenhange für *wichtige*, aber doch für keine *nahen* und für solche, die *unmittelbar* auf G. als den Thäter hinweisen.

Der Ausdruck „*wichtige*" Inzichten kommt weder im Gesetz noch in der Doktrin vor und erscheint nicht bestimmt genug, um den Grad seiner Wirksamkeit zu ermessen. Entweder sind die Anzeigen *nahe* — „redliche und genugsame Anzeigungen" — oder *entfernte*, je nachdem sie eine *dringende* Vermuthung, — eine *große Wahrscheinlichkeit* für den Thatbestand oder die Urheberschaft eines Verbrechens hervorbringen, oder nicht, sondern nur eine schwache Vermuthung, einen bloßen Verdacht begründen. Es kann aber manche Thatsache für sich allein betrachtet nur zu der letztern Gattung Anzeigen gehören, nämlich zu den *entfernten*, obgleich sie in Verbindung mit einer andern ein größeres Gewicht erhält und zur *dringenden* Vermuthung wird. Dieses ist namentlich der Fall mit der *Anwesenheit an gefährlichen Orten zur That*. Für sich allein erregt das Betreten einer Person an einem solchen Orte einen bloßen Verdacht; ist die betretene Person aber sonst schon von schlechtem Leumund und der Beschaffenheit, daß man ihr die That zutrauen kann, so bewirkt der Umstand, daß man sie an einem solch „gefährlichen" Orte gefunden hat, nach der Ansicht bewährter Criminalisten, gegen sie eine *dringende* Vermuthung — eine *nahe* Anzeige.*)

Wenn man in vorliegendem Falle alle Umstände in ihrem Zusammenhange in Erwägung zieht, so gelangt man zur vollen Ueberzeugung, daß G. und kein Anderer der Urheber der vierfachen Mordthat ist.**)

G. stand — wie er selbst von freien Stücken angegeben hat, mit der Wittwe M. im vertrautesten Verhältnisse, und benahm sich in ihrer Wohnung bereits als Mann und Herr. Er glaubte bequem und sicher im Neste — wie man zu sagen pflegt — zu sitzen, als gegen sein Erwarten ihm die Kunde zukam von der Willensänderung der Wittwe gegen ihn und dem festgesetzten Termin zur Abschließung eines öffentlichen Ehevertrags mit einem Andern; wenn eine solche Täuschung und Vernichtung eines glücklichen Zustandes schon Menschen von ruhiger Gemüthsart aus dem Gleichgewicht bringt, so muß in der finstern Brust des G. ein tiefer Groll, ein unversöhnlicher Haß entbraunt sein. Aeußerungen G.'s *vor* der That in eigenthümlichen Ausdrücken lassen seinen empörten Seelenzustand und sein Vorhaben, die Heirath der Wittwe mit Sutter nicht zu Stande kommen zu lassen, gar nicht verkennen. Ein „*unwiderstehlicher Drang*" brachte ihn an jenem verhängnißvollen Abende wieder nach *Ballenberg*, das er kaum vor ein paar Stunden nach bereits verrichtetem Geschäft für die Wittwe verlassen hatte. G. giebt keine Erklärung über die Entstehung dieses Dranges. Seine Angaben über die Ursachen seiner Ankunft im J. Sch. Hause sind theils als unwahr herausgestellt, theils zu unerheblich, um einen „*unwiderstehlichen Drang*" damit erklären zu können. Seine Anwesenheit im eben erwähnten Nachbarshause sollte nur zur Brücke und zur Ausrede für den Fall, daß er auf seinem Gange gesehen und verrathen würde, dienen. Sein Drang ist wahr und psychologisch erklärbar, wenn man ihn auf seinen leidenschaftlichen Zustand gegen die Wittwe bezieht.*)

---

*) S. meine Abhandlung in den Annalen XIV. 285.
D. E.

**) Ehe sich bestimmen läßt, welches Gewicht der Anwesenheit am Orte der That beizulegen sei, muß diese mit ihren Umständen vor Allem erwiesen sein. Hätte man z. B. bei den Leichen einen Gegenstand gefunden, welcher am Abende des 7. Dezember 1842 von den Nachbarsleuten der Erschlagenen im Besitze des Angeschuldigten wahrgenommen worden wäre, so ließe sich von dieser Thatsache auf dessen Anwesenheit im Müllerschen Hause um die Zeit der That wohl schließen. Allein dieß wäre nur eine *Anzeige* und noch kein *Beweis* für die Anwesenheit am Orte der That. Nun ist aber auf der einen Seite die Zeit des tragischen Ereignisses nicht über alle Zweifel sicher gestellt, und auf der andern nur so viel erwiesen, daß Inculpat an dem gedachten Abend einen Besuch bei J. *Schmidle* in Ballenberg gemacht hat. Wie jedoch der momentane Aufenthalt des Angeschuldigten in Ballenberg an und für sich keinen Verdacht zu begründen vermag, weil sonst alle einheimischen Bewohner dieses Orts als verdächtig angesehen werden müßten, so scheint der Besuch bei Schmidle noch obendrein jeden verdächtigen Anstrich zu verwischen, weil Inculpat aus seinem zweiten Erscheinen in Ballenberg keinen Hehl machte. Es fehlt daher durchaus an dem Erforderniß des Art. 25. C. C. C., daß Inculpat an gefährlichen Orten zu der That verdächtlich gefunden oder betreten wurde. Unter diesen Umständen wird von einer verdächtigen Anwesenheit am Orte der That und mithin von einer nahen Anzeige nicht die Rede sein können.
D. R.

*) Heftige Auftritte zwischen ihm und der Wittwe, worin er ihr und ihren Kindern mit *Todtschlagen drohte*, müssen der That vorangegangen sein, indem er angab, daß die Wittwe eine solche

Niemand wurde zur nächtlichen Zeit in die Wohnung der Wittwe eingelassen. G. allein stand mit ihr in solch vertraulichem Verhältnisse, daß ihm, wenn er anklopfte und sich durch seine Stimme kenntlich machte, die Hausthüre ohne Anstand geöffnet wurde. Das Verbrechen fällt gerade in die Zeit zwischen dem Verlassen der Sch. Wohnung und seiner Rückkunft zu Hause. Ein Einbruch von Räubern und Dieben hat nicht stattgefunden. Nur ein in dem Hause der Wittwe ganz bekannter Mensch hat sich an ihrem und der Kinder Leben vergriffen. Dieß ist das Urtheil G.'s selbst, das er Anfangs der Untersuchung als vermeintlicher Zeuge gefällt hat. Sein Zeugniß stellt sich als ein Spiegel dar, in welchem sein Bild als der Würgengel der erschlagenen Familie erscheint. Das Motiv zur schrecklichen That, welche nicht einmal das Kind in der Wiege verschont, war kein anderes, als Abkühlung eines entflammten Rachegemüthes. Einen solchen furchtbaren Feind hatte die Wittwe nicht außer G. Mit seinem Charakter, seinen Sitten und Lebensgewohnheiten, mit seinem Verhältnisse zur Wittwe, dessen Bruch sicher bevorstand, stimmt sein Motiv zur That überein.

Nach Vollbringung derselben auf dem nächtlichen Heimgange verfolgen ihn die Rachegeister, nöthigen ihn, nach der verödeten Wohnung der Ermordeten zurückzuschauen. Er wußte zwar mit vieler Vorsicht die verrätherischen Spuren von sich zu entfernen, desto weniger aber war sein aufgeregtes Gemüth im Stande, sein schweres Schuldbewußtsein zu verdecken. Die öffentliche Meinung erkennt in ihm den Mörder der harmlosen Familie. *)

Wenn der Thatbestand des Verbrechens durch unmittelbare Beweismittel, wie hier, hergestellt ist, so können auch bloße Anzeigungen zur Ueberweisung des Urhebers hinreichen.

Eine Reihe von Thatsachen, Verhältnissen und psychologischen Gründen vereinigt sich hier in einem unmittelbaren und nothwendigen Zusammenhange, wodurch sie alle als nahe Anzeigen oder dringende Vermuthungen erscheinen, die in ihrer Gesammtwirkung den vollen Beweis der Schuld G.'s liefern, einen Beweis durch Argumente — durch Vernunftschluß — der bis zur Evidenz reicht.

Da nun demohngeachtet der hiesige Gerichtshof keinen vollen juridischen Beweis, sondern nur einen sehr dringenden Verdacht gegen G. als hergestellt angesehen und ihn daher des Verbrechens zwar für klagfrei, aber wegen der mit seiner Entlassung verbundenen Gefahr für die allgemeine Sicherheit und gesellschaftliche Sittlichkeit zu einer Detention im Zuchthaus von 15 Jahren verurtheilt hat, so ist er dadurch in der That nicht beschwert worden, sondern ein milderes Urtheil gegen ihn ergangen, als er nach der Stimme des Volks, die hier als Gottesstimme erscheint, für seine That verdient hat. Es hat daher die höchstrichterliche Freisprechung des G. von aller Haft einen sehr übeln Eindruck in der Heimath und ganzen Gegend hervorgebracht und das öffentliche Vertrauen auf eine weise und wirksame Strafrechtspflege ungemein geschwächt. *) Ein Fall wie dieser muß den lange genährten Wunsch des Publikums nach Einführung des Instituts der Geschwornen-Gerichte zum dringenden Verlangen steigern, denn da hier nur eine und dieselbe Stimme über die Schuld des G. im Volke herrscht, so läßt sich auch nicht zweifeln, daß Geschworne aus dem Volke solche gegen ihn würden ausgesprochen haben.

Donsbach.

Furcht geäußert habe, und der Beisatz gar zu abenteuerlich klingt: „nicht um hundert Gulden werde sie Denjenigen verrathen, der sie in Furcht setze." Wer konnte dieser Furchtbare anders seyn, als G. selbst, da ihr außer ihm Niemand feind war? Daraus läßt sich zugleich auf einen Vorbedacht zur Ausführung des Verbrechens die Folgerung ziehen. D. E.

*) Der gemeine Ruf, welcher hier mit der öffentlichen Meinung verwechselt wird, kann nur dann Werth haben, wenn er auf notorischen Thatsachen beruht und nicht in bloßen Muthmaßungen eines ungebildeten Publikums besteht. Wie es sich damit in dem vorliegenden Falle verhält, ist nicht aufgeklärt und deßhalb der vox populi, auch wenn sie in rechtliche Gewißheit gesetzt sein sollte, nicht mehr Gewicht beizumessen, als einem Gerüchte, dessen Entstehungsquelle man nicht kennt. D. R.

*) Ich bin weit entfernt von der Anmaßung, den Votanten zu nahe zu treten, oder ihnen gar einen Vorwurf über ihre Abstimmung zu machen. Der Fehler liegt in der Gesetzgebung — in dem Mangel an zureichenden gesetzlichen Bestimmungen über den Indicienbeweis, daher es noch Mitglieder in dem obersten Gerichtshofe giebt, welche auf keinerlei Beweis durch „Anzeigungen" die Schuld erkennen, und andere so stereotyp auf das Dasein gewisser Thatsachen und materieller Merkmale halten, daß, wenn nur Eines in der Reihe fehlt, ihr Votum auf Klagfreisprechung geht, obgleich sie eine s. g. moralische Ueberzeugung von der Schuld des Freigesprochenen haben, die sie gewöhnlich aus innern Gründen, aus psychologischen Erscheinungen schöpfen, denen sie jedoch nicht die Wirkung von juridischen Beweismomenten beilegen. Dieser Rechtsjammer wird durch die Bestimmungen der neuen Strafproceßordnung, wornach unter gewissen Voraussetzungen auf bloße Anzeigen ein Angeschuldigter verurtheilt werden kann, nicht gehoben werden, daher nichts anderes übrig bleiben, als die Einführung der Geschwornen-Gerichte. Diese sollen nach ihrer Ueberzeugung — nenne man sie eine juridische oder moralische — urtheilen. Sie wird gewonnen durch den Gesammteindruck, den die Persönlichkeit des Verbrechers mit allen seinen Verhältnissen und Handlungen auf den Richter macht. Sie ist eine Art der Reflexion, wobei oft Gründe aus der Erfahrungsseelenlehre das schwerste Gewicht in die Waagschale legen, die bei unserm bisherigen juridischen Beweisverfahren so wenig beachtet werden. Es wird dann nicht mehr so leicht der Fall vorkommen, daß ein verschmitzter Verbrecher, der Urheber und Anführer einer Bande durch Läugnen und Lügen sich durchhilft (klagfrei wird) während seine angeführten Mitschuldigen, die keine so freche Stirne haben und bekennen, allein der strafenden Gerechtigkeit anheimfallen, während sie zugleich für den frei gewordenen Rädelsführer zum Gegenstand des Hohns und Gelächters werden. Der Einsender.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe, den 6. März 1847.

I.

Entscheidungen der französischen Gerichte in Wechselsachen.

Unregelmäßige Wechselzuschreibung.

Unregelmäßige Indossamente werden nach den neuesten Entscheidungen der französischen Gerichtshöfe als Auftrag sowohl zum Empfang wie auch zur Uebertragung des Eigenthums des Wechsels angesehen. Hieraus ergeben sich zwei Folgen: Erstens muß der Inhaber eines Wechsels, der nur ein unregelmäßiges Indossament für sich hat, sich alle Einreden gefallen lassen, welche seinem Indossanten entgegengesetzt werden können, weil er nur als Mandatar dieses Indossanten gilt. Dagegen gilt Derjenige, an den er den Wechsel überträgt, als Eigenthümer des Wechsels; er kann daher in eigenem Namen klagen, ohne daß ihm jene von den frühern Indossanten hergeleiteten Einreden entgegenstehen. Wenn der Inhaber des Wechsels, der nur ein unregelmäßiges Indossament für sich hat, beweist, daß er den Werth bezahlt hat, so gilt er seinem Indossanten gegenüber, als Eigenthümer; dritten Personen gegenüber behält er aber seine Eigenschaft als Mandatar, wenn er auch jenen Beweis geführt hat. Damit stimmt aber die weitere Ansicht schlecht überein, daß er dennoch der Rückgriffsklage von Seiten aller spätern Indossatare unterworfen sein soll, während doch der Mandatar in andern Fällen durch seine Handlungen nicht sich, sondern seinen Mandanten verbindlich macht. Aber da man ihn der Rückgriffsklage unterwirft, so gestattet man ihm auch, gleichfalls den Rückgriff zu nehmen, sobald er den Inhaber befriedigt hat, oder auch wenn er nur erst belangt ist. Diese Grundsätze sind in folgenden Fällen zur Anwendung gekommen:

1) Ein französischer Kaufmann in Konstantinopel, Corpy, indossirte einen Wechsel von 11,000 Franken an Kerrblack und Compagnie daselbst mit dem Ausdruck „Werth erhalten". Diese indossirten den Wechsel regelmäßig an Kerrblack in London, dieser an Heath-Furse daselbst, wieder mit dem Ausdruck „Werth erhalten". Der Wechsel lief nachher noch durch verschiedene Hände, wurde bei Verfall nicht bezahlt, protestirt und kam mit Protest an Heath-Furse zurück. Da Kerrblack und Compagnie unterdessen fallirt hatte, so nahm Heath-Furse den Rückgriff auf Corpy und belangte diesen vor dem französischen Handelsgericht in Konstantinopel. Der Beklagte wendete ein, Kerrblack habe den Werth für den Wechsel noch nicht bezahlt; diese Einrede könne auch gegen Heath-Furse geltend gemacht werden, weil er nur mittelst unregelmäßiger Indossamente in den Besitz des Wechsels gekommen, mithin nur Mandatar des Kerrblack sei. Das Handelsgericht ging auf diese Ansicht ein und wies am 31. Mai 1843 die Klage ab. Kläger appellirte, und die Cour royale d'Aix verurtheilte den 29. April 1844 den Beklagten zur Zahlung des Wechselbetrags, der Zinsen und Kosten, weil Kerrblack, als Mandatar des Corpy, berechtigt gewesen sei, den Wechsel sowohl zu übertragen wie auch den Werth einzuziehen; von diesem Recht habe er Gebrauch gemacht, und den Wechsel mittelst regelmäßigen Indossaments an Kerrblack in London übertragen, dessen Indossament sei zwar nach französischem Recht ebenfalls unregelmäßig, da es aber in London gefertigt sei, so müsse es nach englischen Gesetzen beurtheilt werden; (locus regit actum) nach diesem aber habe der Ausdruck „Werth erhalten" die gleiche Wirkung wie „Werth baar erhalten" u. s. w.

Sirey 1845. 2. 114 — 117.

In gleichem Sinne hat der Cassationshof entschieden:

Den 20. Januar 1814. *Sirey* 1814 1. 195.

den 20. Februar 1816. Sirey 16 1. 149.
den 12. August 1817. Sirey 1818 1. 396.
Auch die meisten französischen Schriftsteller sind dieser Ansicht.
Merlin, Questions. mot: Endossement. §. 1.
Pardessus, Cours de droit comm. Nr. 354.

Es kann bezweifelt werden, ob diese Ansicht auch bei uns maßgebend ist, weil in der Uebersetzung des Art. 138 der Ausdruck „procuration" durch „Einzugsauftrag" wiedergegeben ist, woraus also hervorzugehen scheint, daß der Gesetzgeber den Auftrag auf den Einzug der Forderung beschränken, ihn aber nicht berechtigen wollte, die Forderung an Andere zu übertragen. Für diese Meinung scheint auch Art. 196 des H. G. u. 2010 l. des C. G. zu sprechen. Andererseits kann nicht verkannt werden, daß diese Auslegung der Absicht der Partheien (Art. 1156) widerspricht und die größten Ungerechtigkeiten zur Folge haben könnte. Der andere in jenem Urtheil aufgestellte Grundsatz, daß die Gültigkeit eines Indossaments nach dem Ort seiner Fertigung zu beurtheilen ist, kann auch bei uns keinem Anstand unterliegen.

2) Bardet stellte einen eigenen Wechsel an die Ordre von Parer aus, den dieser in blanco indossirte. Da der Wechsel bei Verfall nicht bezahlt wird, klagt der Inhaber Bordier gegen den Aussteller und den Indossanten auf Zahlung. Das Handelsgericht von Paris verurtheilt Beide sammtverbindlich, 8. Okt. 1841. Der Cassationshof cassirt dieses Urtheil am 25. Juni 1845, in Bezug auf Bardet, weil Bordier, wiewohl er bewiesen, daß er den Werth des Wechsels gezahlt habe, dennoch nur Mandatar des Parer sei, indem der Beweis des Eigenthumsübertrags gegen Dritte nur durch das Indossament geführt werden könne u. s. w.

Sirey, 1845 I. 829.

Der Cassationshof hat schon früher diese Ansicht adoptirt in einem Urtheil vom 30. Dez. 1840 (*Sirey*, 1841 I. 28.) und in den beiden Urtheilen vom 5. Juli 1843 und 22. Mai 1844. (*Sirey*, 1844 I. 49 und 551.) Diese letzten Urtheile sind auch angeführt in dem Beiblatt Nr. 3 u. 7 der Annalen von 1846.

3) Dubreuil indossirte einen Wechsel von 3500 Francs in blanco an Larrieu, dieser auf gleiche Weise an Labrousse, dieser ebenso an Cluzeau. Da der Wechsel bei Verfall nicht bezahlt wird, so läßt Cluzeau protestiren und verlangt von Labrousse die Einlösung, welche dieser auch leistet. Nun wendet sich dieser an Larrieu, der aber die Zahlung verweigert und daher belangt wird. Das Handelsgericht verurtheilt ihn — er appellirt; aber die Cour royal de Bordeaux bestätigt das Urtheil, 6. August 1844, weil Labrousse nachgewiesen habe, daß er seiner Zeit den Wechselwerth an Larrieu bezahlt habe und es daher ungerecht wäre, wenn Larrieu diesen Werth behalten wollte, während der Wechsel weder acceptirt noch bezahlt wurde.

Sirey, 1845 II. 41.

In gleichem Sinn hat der Cassationshof am 5. Juli 1843 in einem sehr interessanten Fall, der in dem Beiblatt Nr. 3 der Annalen von 1846 erzählt ist, entschieden. *Sirey*, 1844 I. 51. Er hat jedoch sein Urtheil dadurch motivirt, daß er sagt, Art. 138 stelle eine Vermuthung auf, welche zwar Dritten gegenüber in allen Fällen gelte, aber unter den Contrahenten durch den Gegenbeweis aufgehoben werden könne. Worauf beruht aber diese Unterscheidung? Ubi lex non distinguit, non est judicis distinguere. Es läßt sich die Ansicht, welche in diesen Urtheilen ausgesprochen wurde, in anderer Weise begründen, welche dem Gesetz keinen Zwang anthut: Dieses erklärt nämlich das unregelmäßige Indossament für ein Mandat. Hat nun der Mandatar den Werth des Wechsels bezahlt, so that er dieses, weil er erwarten durfte, mittelst der erhaltenen Vollmacht den Wechselbetrag erheben zu können. Schlägt diese Erwartung fehl, so hat er sine causa bezahlt, und kann mittelst der condictio sine causa, oder causa data, causa non secuta das Gezahlte zurückfordern.

vergleiche Annalen 1843. S. 181.

Man kann noch einen andern Grund beifügen: Das regelmäßige Indossament hat nämlich zwei verschiedene Wirkungen, erstens wird das Eigenthum des Wechsels übertragen, zweitens haftet der Uebertragende für die Zahlung bei Verfall. Das Gesetz hat nun bei den unregelmäßigen Indossamenten die eine Wirkung, den Eigenthumsübertrag, aufgehoben, nicht aber die andere; der Indossant haftet daher auch bei unregelmäßigen Indossamenten als garant solidaire.

vergleiche *Pardessus*. Nr. 355.

4) Alexandre zog drei Wechsel von 1,000 Franken auf Houzé an eigene Ordre, und indossirte sie an Podevin ohne Datum. Dieser indossirte sie weiter. Bei Verfall zahlte Houzé nicht, wiewohl er acceptirt hatte weß-

halb der Inhaber auf Podevin zurückgriff, und ihn auf Zahlung belangte. Es ist nicht angeführt, ob ein condematorisches Urtheil ergangen ist, Podevin zahlte aber, und klagte gegen Houzé. Dieser wendete ein, Podevin habe nur ein unregelmäßiges Indossament für sich, sei daher nur Mandatar des Alexandre; dieser habe fallirt, das Mandat sei daher erloschen. Art. 2003. Zudem habe er Houzé nur aus Gefälligkeit für Alexandre acceptirt, dieser könne daraus nicht gegen ihn klagen, mithin auch nicht Podevin, der nur sein Mandatar sei. Aber der königliche Gerichtshof von Douai verurtheilte ihn den 20. März 1843, weil, wenn auch Podevin nur Mandatar war, er dennoch den spätern Indossanten persönlich haften mußte, und daher, wenn er an diese gezahlt hat, nach Art. 1251. Nr. 3 in deren Rechte eintritt, mithin bei der gegenwärtigen Klage nicht mehr als Mandatar des Alexandre, sondern in gleicher Eigenschaft, wie die spätern Wechsel-Inhaber, auftritt, weßhalb die vorgebrachten Einreden ihm nicht entgegenstehen, u. s. w.

Sirey 1843, 2, 407.

So hatte auch schon der königliche Gerichtshof von Bordeaux am 26. Februar 1842 (*Sirey* 1842, 2, 274) entschieden. Gegen diese Entscheidung war Berufung an den Cassationshof ergriffen worden, der aber das Gesuch am 20. Februar 1843 verwarf. (*Sirey* 1843, 1, 401).

Anders hat der königliche Gerichtshof von Bourges am 18. April 1842 (*Sirey* 1843, 2, 95) entschieden, indem er annahm, daß, wenn auch der Indossant, der nur mittelst unregelmäßigen Indossaments in den Besitz des Wechsels gelangt sei, den spätern Wechselinhaber bezahlt habe, er dadurch seine Stellung nicht habe ändern können; vielmehr sei anzunehmen, er habe die Zahlung als Mandatar geleistet, könne deßwegen nur gegen seinen Mandanten, gegen Dritte aber nur an der Stelle seines Mandanten klagen, und müsse sich daher die Einreden gefallen lassen, welche gegen diesen etwa vorgebracht werden können. Dieses Urtheil wird aber wahrscheinlich vom Cassationshof aufgehoben werden, wenn dahin appellirt wird, da dieser Gerichtshof die entgegenstehende Ansicht bereits adoptirt hat, wie aus dem Folgenden erhellt.

5) Oculio stellte einen eigenen Wechsel an die Ordre von Roussel aus; dieser indossirte ihn in blanco an Dubus, dieser in regelmäßiger Form an Lefort. Als der Wechsel bei Verfall nicht bezahlt wurde, klagte Lefort gegen Dubus, welcher einwendete, er sei durch das Blanko-Indossament nur Mandatar des Roussel geworden, und habe daher nur in dessen Namen den Wechsel an Lefort indossirt, dieser könne daher nicht ihn, sondern nur seinen Mandanten belangen. Das Handelsgericht von Amiens verurtheilte ihn nichts desto weniger; er legte das Rechtsmittel der Cassation ein; aber der Cassationshof verwarf das Gesuch am 1. Dezember 1829, weil Dubus den Wechsel in regelmäßiger Form an Lefort indossirt habe, und dadurch Bürge (garant) für die Zahlung geworden sei.

Sirey 1830, 1, 28.

Diese Entscheidung wurde von Mesnard, Rath am Cassationshof, bei einem Bericht, den er im Jahr 1843 erstattete, zu Grund gelegt, um darzuthun, daß der in dieser Weise belangte Indossant nach Art. 1251 in die Rechte dessen, dem er den Wechsel zahle, eintrete, und daher gegen die Vormänner dieselben Klagen, wie dieser, anstellen könne. Der Fall war folgender: Vivie, Duranthon und Comp. war durch ein blanco Indossament in den Besitz eines Wechsels von 3,000 Fr. gekommen, und hatte diesen an Delamarre indossirt. Als der Wechsel nicht bezahlt wurde, ließ dieser protestiren, und zog einen Rückwechsel, begleitet von einer Rückrechnung auf Vivie Duranthon und Comp. Dieses Handlungshaus zahlte und klagte gegen den Aussteller (oder Acceptanten) Lasserre ainé, welcher einwendete, Kläger habe nur ein unregelmäßiges Indossament für sich, sei daher nur Mandatar, und könne deßhalb nicht klagen. In erster Instanz wurde die Klage wirklich verworfen, aber der königliche Gerichtshof von Bordeaux reformirte das Urtheil; der Beklagte suchte Cassation, aber das Rechtsmittel wurde auf den Bericht von Mesnard, der bei *Sirey* 43, 1, 402 vollständig abgedruckt ist, verworfen.

In diesem Bericht sind beide Ansichten mit allen ihren Gründen entwickelt, und dabei unter andern auch die Meinung von *Merlin* angeführt, welcher sagt, es sei ganz gleichgültig, ob man den Indossanten, der nur durch ein unregelmäßiges Indossament in den Besitz des Wechsels gekommen sei, als Mandatar oder Eigenthümer des Wechsels ansehe; denn nach Art. 1251 trete auch der Mandatar, welcher für seinen Mandanten Bürgschaft leistete, in die Rechte dessen, an den er zahlt, und könne

folgeweise gegen die übrigen Wechselschuldner dieselben Klagen anstellen, welche der bezahlte Wechsel-Inhaber anstellen konnte. Diese Ansicht wurde auch vom Cassationshof adoptirt.

Dr. Ladenburg.

II.

Landesverweisung ist auch neben bürgerlicher Strafe eines peinlichen Vergehens zu erkennen!

Vergleiche Annalen 1846 Nr. 48 p. 379.

Johann Kaspar Ackermann, lediger Müller von Siebeldingen bei Landau, welcher durch Erkenntniß des Großherzogl. Hofgerichts des Unterrheinkreises (I. Cr. Senat) vom 31. Juli 1846 der Verwundung des Philipp Nelson von Neckargemünd für schuldig erklärt und deßhalb zu bürgerlicher Gefängnißstrafe von 14 Tagen, überdies zur Landesverweisung verurtheilt worden war, recurrirte gegen dieses Urtheil, so weit es die Landesverweisung gegen ihn aussprach.

Dasselbe wurde jedoch von Großherzogl. Oberhofgerichte unterm 5. Oktober 1846 Nr. 4449 und 50 (I. Cr. Senat) bestätigt, da die Verwundung nach Maßgabe der Paragraphen 2, 4 und 71 des Strafedicts in die Klasse der peinlichen Verbrechen im Sinne dieses Strafgesetzes gehöre, mithin die Verweisung des Recurrenten aus dem Großherzogthume als ein durch den §. 33 des Str. Ed. gebotener Strafzusatz habe ausgesprochen werden müssen.

Stempf.

III.

Rechnersuntreue.

Ohne die Verbindlichkeit zu einer abgesonderten Kasseführung macht sich der Rechner durch Verwendung öffentlicher Gelder in seinen eigenen Nutzen nur dann der Rechnersuntreue schuldig, wenn die Voraussetzungen der gemeinen Unterschlagung vorhanden sind.

Der Verrechner der Kapellenfonds zu Bergöschingen wurde, nach vorausgegangenem Kassensturz, wegen Rechnersuntreue in gerichtliche Untersuchung genommen und — nachdem er hier die Summe von 50 fl. in eigenen Nutzen verwendet zu haben, einbekannt hatte — durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 22. Mai 1846 der Rechnersuntreue für schuldig erklärt, sofort zu ein monatlicher Gefängnißstrafe, Dienstentsetzung und Tragung der Kosten verurtheilt. Auf den dagegen eingewendeten Recurs erkannte aber das Großherzogliche Oberhofgericht durch Urtheil vom 21. Januar d. J. zu Recht:

„es habe die Untersuchung wegen mangelnden Thatbestandes auf sich zu beruhen."

Gründe.

Die Rechnersuntreue wird nach §. 90 des Strafedicts durch „wissentliche Zueignung öffentlicher Gelder" begangen. Faßt man diese Bestimmung auch so auf wie es im neuen Strafgesetzbuch §. 687 geschieht, so nämlich, daß der Thatbestand dieses Verbrechens, abweichend von dem der gemeinen Unterschlagung selbst dann als vorhanden anzunehmen ist, wenn der Rechner bei der Zueignung die Absicht des Wiedererersatzes hatte; so gehört doch jedenfalls zu dem Thatbestand der Rechnersuntreue das andere Erforderniß, daß es dem Rechner, wie es der §. 90 des Strafedicts und damit übereinstimmend des neue Strafgesetzbuch im §. 689, verbis. „findet sich in der Kasse rc. voraussetzt — zur Obliegenheit gemacht war, für seine Dienstgelder eine, von seiner eigenen abgesonderte Kasse zu führen. Denn sobald dieses der Fall nicht ist, und es dem Rechner freisteht, ob er die öffentlichen Gelder mit den seinigen vermischen will oder nicht, so kann ihm auch diese Vermischung für sich allein als Verbrechen nicht angerechnet werden. Mehr als eine solche straflose Vermischung ist es alsdann auch nicht, wenn er etwa eben eingegangene oder zufällig noch separirtliegende Dienstgelder zu einer Ausgabe verwendet, welche den Dienst nicht berührt, weil es auf die Zeit wann und die Art wie er dasjenige thut, was ihm zu thun im Allgemeinen frei steht, nicht ankommt.

Es entspricht dieses auch ganz der Natur des vorliegenden Verhältnisses. Denn da, wo der Rechnungsherr es unterläßt, dem Rechner eine getrennte Kasseverwaltung zur Pflicht zu machen, hat er selbst an den Tag gelegt, daß er den Schutz, der in dieser Anordnung liegt, nicht nöthig erachtet oder doch nicht in Anspruch nimmt, weßhalb er um so weniger auf den Schutz Anspruch zu machen berechtigt ist, welchen die Strafgesetze für den entgegengesetzten Fall verleihen.

Ohne die Verbindlichkeit zu einer getrennten Kasseführ-

rung macht sich daher der Rechner durch Verwendung öffentlicher Gelder in seinen eigenen Nutzen nur dann der Rechnersuntreue schuldig, wenn die Voraussetzungen der gemeinen Unterschlagung vorhanden sind.

In gegenwärtigem Falle ist nun nicht hergestellt, daß dem Recurrenten, sei es bei der handgelübdlichen Verpflichtung oder bei der Einweisung in den Dienst, die Führung einer abgesonderten Kasse zur Obliegenheit gemacht worden wäre. Das Verpflichtungsprotokoll enthält überhaupt die Formel nicht, über welche er verpflichtet wurde; es läßt sich darum auch nicht aus ihm ersehen; ob sie ihm eine derartige Verbindlichkeit auferlegt hat. Daß es bei der Diensteinweisung geschehen sei, konnte auch durch die von hier aus angeordnete Erörterung nicht dargethan werden; der Recurrent selbst aber behauptet, er habe keine Instruction gehabt. Es fehlt deßhalb an dem Thatbestand des ihm zur Last gelegten Verbrechens. Man möchte vielleicht hiergegen einwenden: der Beisatz in §. 90 des Strafedicts in den Worten: („als welche von dem Privateigenthum des Rechners durch besondere Kassen stets separirt gehalten werden müssen"), drückt nicht sowohl eine, auf den Grund anderwärts ertheilter Vorschriften gebaute Voraussetzung aus, sondern schreibt vielmehr selbst vor, es müsse für Dienstgelder in allen Fällen eine besondere Kasse geführt werden, und möchte man alsdann daraus folgern, es wäre die nochmalige Ertheilung einer darauf gerichteten Instruction nicht nöthig gewesen, um den Rechner, der geständigermaßen öffentliche Gelder zu Privatzwecken verwendet hat, ohne weiteres als der Rechnersuntreue schuldig erscheinen zu lassen." Allein für diese Auslegung spricht weder 1) der Wortlaut jenes Beisatzes, der besonders durch seine Stellung in Parenthese mehr darauf hinweist, daß schon anderwärts Vorschriften darüber bestehen. Noch 2) die unterstellbare Absicht des Gesetzgebers, indem sich nicht annehmen läßt, es habe derselbe die getrennte Kassenführung hier erst anordnen, also über einen Gegenstand Vorsorge treffen wollen, welcher offenbar außerhalb dem Kreise des Strafgesetzes liegt; zumal, da der Zweck des Beisatzes sich einfach als die Erklärung darstellt, daß die wissentliche Zueignung öffentlicher Gelder für sich allein gerade nur deßhalb als Rechnersuntreue betrachtet werden soll, weil und in so fern die Verrechner solcher Gelder von Dienstes wegen regelmäßig angewiesen werden sollen, eine getrennte Kasse zu halten.

Daß dieses und nichts anderes der Sinn des Gesetzes ist, geht auch aus dem §. 84 der Erläuterungen, welchen bei der Interpretation des Strafedikts anerkanntermaßen ein großes überall mindestens doctrinelles Gewicht beigelegt werden darf, deutlich hervor. Indem er nämlich anerkennt, daß es Fälle gibt, in welchen eine abgesonderte Kasse zu halten, von Dienstes wegen nicht oblag, und daß in dergleichen Fällen die Verwendung der Gelder in den eigenen Nutzen das Verbrechen der Rechnersuntreue nicht ausmacht; erkennt er zugleich an, daß das Strafgesetz durch den gedachten Beisatz den Verrechner öffentlicher Gelder nicht dazu verpflichtet, sondern daß es erst durch die in jedem einzelnen Falle in der Regel zu ertheilende dienstliche Vorschrift geschehe.

Bedenkt man endlich noch, daß bei der Abfassung des neuen Strafgesetzes bekanntlich die strengsten Ansichten geltend gemacht wurden und daß, wie schon erwähnt, auch in dem neuen Gesetz, nur mit Unterstellung einer getrennten Kasse, die Verwendung in den eigenen Nutzen als Rechnersuntreue betrachtet wird, daß ferner nach dem neuen Gesetz nicht bezweifelt werden kann, es müsse die Obliegenheit des Rechners eine besondere Kasse zu führen, in jedem einzelnen Falle dargethan werden, so wird man um so weniger bezweifeln dürfen, daß das gegenwärtige Gesetz die Rechner nicht strenger habe beurtheilen und dem peinlichen Gesetze habe unterwerfen wollen, auch wenn sie bei Uebernahme des Dienstes nicht speciell zur Führung einer Kasse für die Dienstgelder angewiesen wurden.

Gesteht man aber dem §. 84 der Erläuterungen Gesetzeskraft zu, so verändert sich dadurch die Sache nicht. Einestheils wird es alsdann nur um so gewisser, daß die Verwendung öffentlicher Gelder nur in Verbindung mit der Obliegenheit eine Kasse zu führen, den Thatbestand der Rechnersuntreue bildet. Anderntheils liegt der im allegirten §. 84 gedachte Fall der Rechnersuntreue hier nicht vor. Hiernach soll die ordnungswidrige Benutzung der Rechnungsgelder alsdann zum Verbrechen werden, wenn der Rechner zu der Zeit, wo er abzuliefern hat, in Rest erscheint. Ein Kassesturz kann als die hier bezeichnete Zeit überhaupt nicht betrachtet werden, weil bei einem Kassesturz nichts abzuliefern,

sondern der Kassebestand nur zu prüfen ist. Der bei dem Recurrenten angeordnete kann aber um so weniger als solche gelten, weil da, wo keine besondere Dienstkasse gehalten werden mußte, auch die Anordnung eines Kassesturzes gar nicht am Platze war, und die Thatsache, daß es dennoch geschah, eben nur beweist, daß die Aufsichtsbehörde der Meinung gewesen ist, es sei der Recurrent zur Führung einer Kasse verpflichtet. D. R.

IV.

Oberhofgericht. Hofgericht des Unterrheinkreises.

Entscheidungen proceßrechtlicher Fragen *).

1) Findet der §. 257. Nr. 6 lit. a. der Proceßordnung auch auf unkörperliche Sachen, namentlich auf Grunddienstbarkeiten, Anwendung?

Diese Frage ist in einem der beiden nachfolgenden Fälle von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises verneint, in dem andern aber bejaht, und diese letzte Ansicht auch von dem obersten Gerichtshofe bestätigt worden.

1) Verneint wurde die Frage in einem Urtheile des II. hofgerichtlichen Senats vom 30. November 1842 J. S. Heilig gegen Altheim, Uebertriebsrecht betreffend.

Die Entscheidungsgründe lauten:

„Nachdem die Kläger am 1. März 1840 eine konfessorische Klage auf Anerkennung ihres Schaafübertriebsrechts gegen die beklagten Güterbesitzer erhoben hatten, reichten sie am 13. März das Gesuch ein, daß einstweilen dem Beklagten jede Störung der Kläger in der Ausübung dieses Uebertriebrechtes bei Strafe untersagt werde.

Sie gründen dieses Gesuch auf §. 257 Nr. 6. der Proceßordnung, wornach während des Rechtsstreits keiner Partei gestattet ist, an dem Streitgegenstand einseitige Veränderungen vorzunehmen. Allein es handelt sich hier nicht um eine körperliche Sache, indem die Kläger nicht behaupten, daß die Beklagten etwa die Waideplätze oder Vorrichtungen, welche bisher für die Waide bestanden, zerstört oder geändert hätten, sondern es handelt sich um ein Recht, also um eine unkörperliche Sache, woran keine Veränderung im Sinne des §. 257 der Proceßordnung möglich ist. Insbesondere kann die von den Beklagten unternommene Verpflichtung des Uebertriebs an Dritte keine Veränderung des Dienstbarkeitsrechtes, ja nicht einmal eine Erschwerung in der künftigen Geltendmachung zur Folge haben, weil das Recht selbst auf den Pächter nicht übergeht, solches vielmehr zufolge L. R. S. 1727 stets von den Güterbesitzern vertreten werden muß, und weil der §. 257 der Proceßordnung hinsichtlich liegenschaftlicher Rechte mehr nicht verfügt, als daß dem Kläger das Recht zustehen soll, die Ladungsverfügung in das Grundbuch eintragen zu lassen, was auch zu seiner vollen Sicherheit hinreicht. Läge darin, daß eine Partei ein bestrittenes Recht ausübt, eine Veränderung desselben, so könnte auch die andere Partei sich darauf stützen, und die Folge müßte sein, daß beide Parteien davon auszuschließen wären. Dieß verlangen aber die Kläger nicht, und daraus wird klar, daß es denselben nicht darum zu thun ist, einer Veränderung des Streitgegenstandes vorzubeugen, sondern nur darum, sich in gestörtem Besitze des Uebertriebs zu erhalten, beziehungsweise sich solchen wieder zu verschaffen" . . . . . .

2) Bejaht wurde obige Frage in einem Urtheile des III. hofgerichtlichen Senats vom 19. August 1843, J. S. Lurz gegen Eisner.

Der Kläger, ein Mühlenbesitzer, hatte in seiner Klage gebeten: a) dem Beklagten jede Ueberbauung des unterhalb seiner Mühle gelegenen Platzes zu untersagen; — b) demselben durch vorläufige Verfügung aufzugeben, mit dem beabsichtigten und bereits begonnenen Bau einer Oelmühle bis nach entschiedener Hauptsache bei Vermeidung einer Strafe von 20 Reichsthalern einzuhalten.

Das zweite Gesuch war auf die §§. 257. Nr. 6, a. und 709 d. Proceßordnung gegründet. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe bemerken darüber: „mit der Zustellung der amtlichen Ladungsverfügung an den Beklagten wurde der beabsichtigte Bau für ihn zur streitigen Sache, er darf daher denselben bis zur rechtskräftigen Entscheidung nicht fortführen, d. h. an der Lage der Sache einseitig keine unnöthige Veränderung vornehmen."

Die Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 16. Januar 1844 enthalten über die Anwendbarkeit des §. 257 Nr. 6 a. auf streitige Rechte und

*) Mitgetheilt von K. Ammann.

über die Bedeutung und den Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung folgende Ausführung:

„Die Bestimmung des §. 257 Nr. 6 a. der Proceßordnung findet zwar nicht bloß auf im Streit befangene körperliche Sachen, sondern, wie nach der allgemeinen Wortfassung und bei einer Vergleichung mit dem unmittelbar vorausgehenden Absatz 5 des §. 257 angenommen werden muß, auf streitige Rechte jeder Art ihre Anwendung, insoweit hierbei eine unnöthige Veränderung des Streitgegenstandes vor erfolgter Entscheidung gedenkbar ist *). Allein unverkennbar hat diese gesetzliche Regel nur den Zweck, im Interesse des Klägers den Vollzug des künftigen Urtheils zu sichern, und des Endes das Streitobjekt ohne Nachtheil für den Beklagten in dem Zustande zu erhalten, worin es sich zur Zeit der erhobenen Klage befand; keineswegs sollte damit schon in Folge der angestellten und mitgetheilten Klage der jeweilige Besitzstand zum Nachtheil des Beklagten verändert, oder der Kläger im Voraus in den vollen oder auch nur theilweisen Genuß des angesprochenen Rechts für die Dauer des Processes eingesetzt werden, bevor sein Anspruch mit dem erfolgten Urtheil die richterliche Anerkennung und Vollziehbarkeit erhalten hat. In dem gegenwärtigen Falle war es aber offenbar keine auf Erhaltung des Streitobjekts in seinem damaligen Zustande und auf Sicherung des Urtheilsvollzugs abzweckende Verfügung, wenn dem Beklagten sofort auf die angestellte Klage die Fortsetzung des bereits angefangenen Baues einer Oelmühle, wenn auch nur für die Dauer des Rechtsstreites, bei Strafe untersagt worden ist; durch dieses Verbot wurde vielmehr der damalige Besitzstand in Bezug auf die streitige Berechtigung zum Nachtheile des Beklagten aufgehoben, und Kläger vorläufig in den vollen Genuß desjenigen Rechts, welches durch die angestellte Klage vorerst noch vor dem Richter seine Geltung erhalten soll, des Rechtes nämlich, den Beklagten an der Ueberbauung des fraglichen Platzes zu hindern, eingesetzt. Denn nicht der Platz, worauf gebaut werden soll, und auf welchen von Seiten des Klägers keinerlei Eigenthumsansprüche gemacht werden, sondern das Recht zur Ueberbauung desselben, welches klägerischer Seits widersprochen wird, ist allein Gegenstand des Streites im Hauptprocesse, und da nach den Anführungen in der Klage selbst nicht der Kläger, sondern der Beklagte sich zur Zeit der Klage im Besitz des streitigen Rechts befand, indem dieser sogar den Bau bereits begonnen hatte, so kann auch die Fortsetzung des Baues in keiner Weise als eine Veränderung der streitigen Sache im Sinne des §. 257 Absatz 6 der Proceßordnung angesehen, vielmehr muß das hiergegen gerichtete Verbot für eine solche Veränderung, für eine Störung des Besitzstandes des Beklagten erklärt werden, welche zum Zwecke der Sicherung des Vollzuges eines dereinstigen günstigen Urtheils für den Kläger in keiner Beziehung erforderlich, und ebensowenig mit den gesetzlichen Vorschriften des Verfahrens vereinbar ist."

*) Auch die Lehrer des gemeinen Civilprocesses sprechen bei Erörterung dieser Wirkung der Litispendenz nur allgemein davon, daß „der Streitgegenstand" eine res litigiosa werde, ohne zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen zu unterscheiden. Vergl. z. B. Bayer, ord. Proceß S. 231. Martin §. 152. Linde §. 200.

2) Wiederherstellung gegen Purificationserkenntnisse.

Wenn die eidespflichtige Partei in der Schwurtagfahrt ausbleibt, und deßhalb vom Richter der Eid als verweigert erklärt und die für diesen Fall im Urtheil enthaltene Bestimmung ausgesprochen wird, so fragt es sich, ob gegen dieses Versäumungserkenntniß eine Wiederherstellung stattfinde? Nach einer Bemerkung in Thilos Proceßordnung §. 602 hat das Hofgericht des Mittelrheinkreises in einem Falle die Wiederherstellung ertheilt, nachdem die Partei innerhalb der gesetzlichen 14tägigen Frist mit ihrem Wiederherstellungsgesuche sich zu Ablegung des Eides bereit erklärt und um Ansetzung einer neuen Tagfahrt gebeten hatte. Das Hofgericht des Unterrheinkreises hat dagegen in einem neuern Falle angenommen, daß die einfache Wiederherstellung (§. 658) hier darum nicht stattfinde, weil diejenige Proceßhandlung, mit welcher die Partei ausgeschlossen werden, nämlich die wirkliche Eidesleistung, nicht bloß die Bereiterklärung zu derselben, mit der Bitte um Wiederherstellung unmöglich verbunden werden könne §. 659, indem ihre Vornahme nur unter Mitwirkung des Richters möglich sei; und weil andernfalls, wenn man die Erklärung der Bereitwilligkeit zum Schwören als genügend annähme, der Schwurpflichtige, auch wenn er in der zweiten Tagfahrt ausbliebe, mit demselben Grunde abermals die Wiederherstellung verlangen, und so die Sache ins Unbestimmte

hinausziehen könnte. Dagegen wurde angenommen, daß nach Analogie des §. 661 die Wiederherstellung dann ertheilt werden könne, wenn einer der hier erwähnten Gründe nachgewiesen sei.

(III. Civ. Senat 5. Januar 1847. J. S. Büchler gegen Link.)

3) Ist ein Unterschied zwischen „versäumt erachten" und „versäumt erklären?"

Ein Bezirksamt hatte geglaubt, es bestehe zwischen diesen beiden Formeln der Unterschied, daß nur der in der letztern angedrohte Rechtsnachtheil im Falle eines Versäumnisses förmlich auszusprechen sei *). Es hatte daher, nachdem der Beklagte die Auflage, eine gewisse Einrede thatsächlich näher zu begründen, widrigenfalls dieselbe für versäumt erachtet werden sollte, nicht befolgt hatte, den angedrohten Rechtsnachtheil nicht ausgesprochen, sondern sogleich das Endurtheil erlassen.

Das Hofgericht hielt aber diese Ansicht aus folgenden Gründen für unrichtig.

„Einmal bezeichnet der §. 364 der Proceßordnung auch die rechtliche Wirkung des Ungehorsams, daß die unvollständig vorgetragene Einrede als versäumt geachtet werden soll, ausdrücklich als einen Rechtsnachtheil; Rechtsnachtheile aber müssen, wo nichts anderes im Gesetze speciell bestimmt ist (§. 656, 805 d. Proceßordnung), auf Anrufen der Gegenpartei förmlich ausgesprochen werden. §. 654 vergl. §§. 311, 367, 415, 602, 697, 723, 737, 770, 848.

„Sodann bedient sich die Proceßordnung in den Formeln der Präjudize, welche jeweils angedroht werden sollen, der Worte „ansehen, annehmen, erklären, achten," ohne damit eigenthümliche Distinctionen verbinden zu wollen, wie sich aus der Vergleichung des Gebrauchs dieser Worte in den §§. 111, 253, 289, 310, 311, 330, 331, 352, 364, 424, 526, 721, 726, 737, 1109 ergiebt. Was insbesondere die unvollständigen Einreden betrifft, so benennt der §. 342 als Rechtsnachtheil, welcher bei Nichtbefolgung der Auflage zur Verbesserung eintritt, den Ausschluß mit dem bezüglichen Vertheidigungsmittel, während im §. 364 für den gleichen Fall der Ausdruck gebraucht ist, daß die Einrede für versäumt geachtet werden soll, die §§. 253, 310, 330, 331, 352 aber geben weiter zu erkennen, daß es ganz gleichbedeutend ist, ob das Präjudiz im Ausschluß, oder in der Erklärung oder Annahme, der Parteivortrag sei versäumt, bestehe."

(III. Civ. Senat 9. März 1844. J. S. Ullmicher gegen Kleinpell).

4) Wirken Proceßhandlungen und Versäumnisse eines Streitgenossen auch gegen die übrigen?

Diese Frage wurde vom Großherzoglichen Oberhofgerichte in einem Urtheile vom 4. Juli 1843, J. S. Leiningen gegen Throm und Genossen, Urkundenedition betreffend, aus folgenden Gründen verneint:

„Aus der Untheilbarkeit der den Streitgenossen gemeinsamen Verbindlichkeit folgt nicht, daß Proceßhandlungen oder Versäumnisse eines einzelnen auch die übrigen verpflichten, und daß insbesondere, wenn Einer derselben die der Klage zum Grund gelegten Thatsachen gesteht, oder deren als geständig anzusehen ist, nunmehr dieselben als gegen alle Streitgenossen bewiesen erscheinen.

Dies würde den §§. 95, 96 d. Proceßordnung widersprechen. Wenn nämlich gleich der Artikel 1859 für den Fall, wo eine Gesellschaft durch Vertrag zu Stande kam, und über die Geschäftsbesorgung nichts verabredet wurde, festsetzt, daß die Gesellschafter gegenseitig Gewalt haben, die Geschäfte für einander zu besorgen, so ist doch das vorliegende Gesellschaftsverhältniß kein freiwilliges, (Proceßordnung §. 94), mithin schon um deßwillen nicht die auf Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung beruhende Vorschrift des S. 1859, vielmehr schlechthin die Regel des S. 1862 auf sie anwendbar, wonach kein Gesellschafter die übrigen verbindlich machen kann, sofern sie ihm nicht hierzu Gewalt gegeben haben.

Ueberdieß würde aber auch, die Anwendbarkeit des S. 1859 vorausgesetzt, die Unterlassungshandlung der vier Streitgenossen, welche sich mit ihrer Vernehmlassung präcludiren ließen, schon überhaupt den Charakter einer Geschäftsbesorgung für die nicht säumigen 7 Streitgenossen nicht an sich tragen und jedenfalls müßte der von diesen eingereichten Vernehmlassung die Wirkung der im Gesetz den Gesellschaftern vorbehaltenen Einsprache gegen die Geschäftsbesorgung des nicht speciell Ermächtigten beigelegt werden. (Schluß folgt.)

*) S. auch Annalen V. S. 143 und dagegen X. S. 363.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 11.** Karlsruhe, den 13. März 1847.

I.

Oberhofgericht. Hofgericht des Unterrheinkreises.

Entscheidungen proceßrechtlicher Fragen.

(Schluß).

5) **Dasselbe Rechtsverhältniß kann gleichzeitig zum Gegenstand einer Einrede und einer Widerklage gemacht werden.** (§§. 293, 313 der Proceßordnung).

Gegen eine Widerklage wurde eingewendet, daß die ihr zum Grunde liegende Forderung bereits in der Vorklage zum Gegenstande einer Einrede (der Wettschlagung) gemacht sei. Eine solche doppelte Geltendmachung derselben Forderung sei aber unstatthaft, weil sonst der Gegner in den Fall kommen könnte, dieselbe doppelt zu bezahlen, indem er zuerst auf den Grund der Einrede mit seiner Klage abgewiesen, in der Widerklagsache aber zur Zahlung derselben Forderung verurtheilt würde.

Der Unterrichter verwarf die Widerklage als hier nicht stattfindend; da eine Einrede dieselbe Natur wie eine Klage habe (L. 156 §. 1. D. de R. J. 50, 17., die Rechtsregel „reus excipiendo fit actor" und §. 293 der Proceßordnung), so könne eine Forderung eben so wenig zu gleicher Zeit klagend und einredend verfolgt werden, als die gleichzeitige Anstellung zweier Klagen gegen denselben Beklagten wegen derselben Forderung zulässig wäre.

Das Hofgericht hob dieses Erkenntniß auf und wies den Unterrichter an, Ladung auf die Widerklage zu erkennen. In den Entscheidungsgründen ist bemerkt:

„Nach Zweck und Wirkung ist eine Widerklage von einer Einrede ganz verschieden. Während die Einrede nur eventuell geltend gemacht wird und eine rechtliche Wirkung äußern kann, in dem Falle nämlich, wenn die Vorklage als begründet und bewiesen erscheint, wird durch die Widerklage ein Anspruch unmittelbar und von der Vorklage unabhängig verfolgt. Während die Wirkung der Einrede nur in der Abweisung der Vorklage bestehen kann, bezweckt die Widerklage die Verurtheilung des Vorklägers. Verzichtet der Vorkläger auf seine Klage, oder wird dieselbe als unbegründet oder unbewiesen verworfen, so bleibt die vorgeschützte Einrede ohne alle Wirkung, der Beklagte hat durch ihre Geltendmachung nichts erreicht; auf die Widerklage dagegen hat die Verwerfung der Vorklage keinen Einfluß."

„Hieraus ergiebt sich, daß diese beiden Rechtsverfolgungsmittel in den wichtigsten Beziehungen ganz von einander abweichen, und daß daher ihre Verbindung nicht mit der Unzulässigkeit der gleichzeitigen Verfolgung eines Anspruchs durch mehrere Klagen sich bestreiten läßt. Vielmehr haben schon die Lehrer des gemeinen deutschen Proceßrechts aus der Natur beider Institute gefolgert, daß ein Beklagter die nämliche Gegenforderung einredend und wiederklagend verfolgen könne, und zwar nicht bloß dann, wenn die Gegenforderung dem Betrage nach größer ist, als die Forderung des Klägers, sondern, wenigstens eventuell, auch bei gleich großem Betrage. Bayer, Vorträge über den ordentlichen Civilproceß, 4. Auflage S. 269. Da durch unsre Proceßordnung die Natur der Einrede und Widerklage nicht geändert worden ist, so muß dieser Satz auch bei uns seine Geltung bewahren" *).

(III. Civ. Sen. 18. Juli 1846. J. S. Klein gegen Gramlich)

*) Vergl. Oberhofg. Jahrbücher N. F. IX. S. 140, 147.

6) Zu §. 1161 der Proceßordnung. (Berichtigung von Schreibfehlern und dergl. in Urtheilen).

1) Schreibfehler, die in einem Urtheile unterlaufen sind, können auch von amtswegen berichtigt werden; und es ist auch dem Obergerichte, wenn es solche Versehen in dem unterrichterlichen Urtheile findet, gestattet, dieselben bei Fällung seines eigenen Erkenntnisses zu verbessern.

2) Wenn der Unterrichter, welcher auf einen Eid erkannte, die Eidesfolgen offenbar verwechselt, wenn er z. B. dem Kläger einen Eid über die Unwahrheit einer gegen ihn vorgeschützten Zahlung auferlegt und für den Fall der Eidesleistung die Abweisung der Klage, für den Fall der Eidesverweigerung aber die Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen hat, so kann ein solches Versehen, insofern es nach den unterrichterlichen Entscheidungsgründen wirklich als solches erscheint, nach Analogie des §. 1161, und zwar selbst von amtswegen, bei Erlassung des oberrichterlichen Erkenntnisses berichtigt werden.

(III. Civ. Senat 21. November 1846. J. S. Busch gegen Müller).

3) Auch Schreibfehler, die durch eine Partei oder deren Anwalt selbst veranlaßt sind, können unter Beobachtung der in §. 1161 vorgeschriebenen Form berichtigt werden. Nach den Umständen ist dann zu beurtheilen, ob in der That ein bloßer Schreibfehler oder ob nicht vielmehr eine unrichtige thatsächliche Behauptung, zu deren Berichtigung das in §§. 148 folgende vorgezeichnete Widerrufsverfahren nöthig wäre, vorliegt. Ein bloßer Schreibfehler kann z. B. dann als vorhanden angenommen werden, wenn in der Appellationsbeschwerdeschrift der Sachverhalt einer schon in erster Instanz vorgetragenen Einrede genauer dargestellt, hierbei aber die Jahreszahl des betreffenden Vorgangs anders, als früher, angegeben wird, während aus allen übrigen Anführungen hervorgeht, daß nicht ein anderer Vorgang neu behauptet, sondern ein schon früher behaupteter umständlicher beschrieben werden sollte.

(III. Civ. Senat 13. Oktober 1846. J. S. Busch gegen Freundschuh).

Gegen diese Entscheidung wurde die Oberappellation eingeführt, und deren Zulässigkeit, beim Mangel der Summe, auf §. 1175, Nr. 3 und 4 gegründet. Allein der oberste Gerichtshof erklärte unterm 12. Januar 1847 das Rechtsmittel für unzulässig, weil

1) selbst wenn man annehmen könnte, daß die in dem Urtheile enthaltene Jahrzahl nicht bloß auf einem Schreibfehler beruhe, das Hofgericht den §. 1161 zwar unrichtig angewendet, aber die Vorschriften des Verfahrens nicht verletzt haben würde; weil

2) selbst eine Ergänzung des Urtheils (§. 1162) bloß nach schriftlicher Vernehmung des Gegentheils über den Ergänzungsantrag geschehen könne, dieß daher um so mehr zur Berichtigung eines bloßen Schreibfehlers genügen müsse, und weil hiernach, obgleich der §. 1161 eine Vorladung fordere, die Anordnung einer mündlichen Verhandlung nicht nöthig sei; weil

3) die Behauptung, daß das hofgerichtliche Erkenntniß auf einem unwahren Rechtsatze beruhe, nach §. 1177 der Proceßordnung und wegen Mangels einer materiellen Beschwerde der Oberappellation keinen Eingang verschaffen könne.

II.

Intervention und Einsprache im Vollstreckungsverfahren.

Die Bestimmung der Proceßordnung, daß die Hauptintervention in jeder Lage des Rechtsstreits und namentlich auch erst im Vollstreckungsverfahren zulässig sei,

§§. 100, 103 der Proceßordnung.

cfr. Bayer, Civilproceß (7. Aufl.) p. 45 unten —

hat zur Folge gehabt, daß die Einsprache Dritter gegen Befriedigung des betreibenden Gläubigers aus den Ergebnissen der Vollstreckung

§. 1072 ff. der Proceßordnung.

selbst dann häufig Intervention benannt und als solche behandelt wird, wenn der Vollstreckungsgegenstand nicht auch der des Rechtsstreits war, vergl. Blätter für Justiz und Administration T. I. p. 424; Annal. 1845., Nr. 7. p. 49.

Daß dieses unrichtig sei, darauf hat Bekk in den Annalen v. 1833, Nr. 56 p. 344, N. N. bereits aufmerksam gemacht, vergl. Blätter für Justiz und Administration T. I. p. 423.

Es kann zwar der Fall eintreten, daß der Gegenstand des Rechtsstreits auch der der Vollstreckung bleibt, z. B. bei Vindication von Liegenschaften, bei der actio emti (vergl. §. 976, 974 der Proceßordnung), und dann wird der Dritte, welcher auf die vindicirte Liegenschaft, das gekaufte Pferd u. s. w. einen Anspruch von der in §. 100 der Proceßordnung bezeichneten Art hat und geltend machen will, entweder als Hauptintervenient auftreten **oder** eine Einsprache erheben können. Blätter für Justiz und Verwaltung T. I. p. 424. Annalen 1845. Nr. 7, p. 49, 50.

Wurde aber über eine Forderung gestritten und von dem obsiegenden Kläger zu deren Beitreibung die Vollstreckung auf eine Liegenschaft gerichtet, auf welche ein Dritter Eigenthumsansprüche machen will, so kann er dies **nur** im Wege der Einsprache thun.

§. 1072, 1 der Proceßordnung.

Für den, eine solche Einsprache erhebenden, Gläubiger bildet dann nicht der Werth des Streit — sondern der des Vollstreckungsgegenstands die Appellationssumme.

§. 1174, 1 der Proceßordnung.

Zentner, Erläuterungen über die Rechtsmittel p. 58 vor und in Note ***)

Blätter für Justiz und Administration T. I. p. 424, 425 am Schlusse des §. 3. Annalen 1845. Nr. 7. p. 50 am Schlusse des §. 5.

Es bestehen aber auch noch außerdem wesentliche Unterschiede zwischen der Hauptintervention im Vollstreckungsverfahren und der Einsprache; z. B.

1) Die Hauptintervention wird in einem selbstständigen Verfahren ausgetragen,

§. 101 der Proceßordnung.

welches neben dem Vollstreckungsverfahren unabhängig von diesem herläuft,

§. 102 der Proceßordnung.

und nur das Interesse, welches zur Einmischung in den Rechtsstreit Anderer nöthigt, ist zu bescheinigen.

§. 100 der Proceßordnung.

Die Einsprache dagegen bildet immer einen Zwischenstreit im Vollstreckungsverfahren, welcher sich stets zum abgekürzten Verfahren eignet,

§. 673, 1 der Proceßordnung.

und in welchem der Beweis **sofort** anzutreten ist.

§. 674, 3 und 674 a. der Proceßordnung.

2) Die erst im Laufe des Vollstreckungsverfahrens erfolgte Hauptintervention hemmt dessen Fortgang nie;

§. 103 der Proceßordnung.

während mit der Einsprache ein Einhaltsgesuch verbunden werden kann,

§§. 659, 4, 5 der Proceßordnung.

vergl. Blätter für Justiz und Verwaltung T. I. p. 424. Annalen 1845. Nr. 7. p. 50 in §. 5.

Stempf.

III.

Ueber die Auslegung und Anwendung des §. 1053 der Proceßordnung.

Das Amtsrevisorat Br. hat einem Pfandgläubiger unter Bezug auf §. 1053 der Proceßordnung zur allenfallsigen Wahrung seiner Rechte die Nachricht ertheilt, daß seinem Schuldner in Folge einer von einem andern Gläubiger ausgewirkten richterlichen Verfügung die verzeichneten Liegenschaften im Zwangswege öffentlich versteigert und den Käufern endgiltig zugeschlagen worden seien, daß demnach der Erlös, zahlbar in verzinslichen Jahrsterminen auf Martini 1846/47 und 1848 durch das Pfandgericht werde verwiesen werden.

Der also benachrichtigte Gläubiger fand bei Vergleichung der veräußerten Liegenschaften mit den in seiner Schuld- und Pfandurkunde ihm versetzten Güterstücken, daß diese unter jenen nicht begriffen, also von der Steigerung unberührt geblieben seien. Eine mit diesem Erfund übereinstimmende Auskunft erhielt der Gläubiger auch von dem Ortsvorgesetzten, an welchen er sich zur größern Beruhigung und Ueberzeugung, daß nicht etwa ein Fehler im Pfandbuche oder der Ausfertigung des Pfandbuch-Auszuges begangen worden sein möchte, gewandt hatte. Dabei bemerkte der Ortsvorgesetzte, daß **alle** Gläubiger in dem Auszug der Pfandbücher aufgeführt und dem Steigerungsprotokoll angelegt werden müssen, daher das Amtsrevisorat nach §. 1053 mit vollem Grunde auch in diesem Falle den betreffenden Gläubiger von der stattgehabten Versteigerung benachrichtigt habe.

Der allegirte §. 1053 der Proceßordnung lautet wörtlich:

„Nach erfolgtem amtlichen Zuschlag sendet der Ortsvorgesetzte das Versteigerungsprotokoll an die Staats-

schreiberei, welche die Unterpfandsgläubiger sofort von dem Zuschlage benachrichtigt und die Steigerungsurkunde dem neuen Erwerber ausfertigt."

Unter den zu benachrichtigenden Unterpfandsgläubigern kann das Gesetz nur diejenigen verstanden haben, welche auf den versteigerten Liegenschaften ein Vorzugs- oder ein Unterpfandsrecht haben. Dieser Sinn des Gesetzes ergiebt sich sowohl aus der Natur der Sache selbst als auch aus der Ansicht der voranstehenden Paragraphen über die Zwangsversteigerung von Liegenschaften, insbesondere des §. 1031, welcher, insoweit hier anwendbar — besagt:

„Nach Ablauf rc. fertigt der Ortsvorgesetzte einen Auszug aus dem Grund- und Unterpfandsbuche, welcher enthält"

3) „die auf den Grundstücken haftenden Vorzugs- und Unterpfandsrechte nach dem Wortlaut."

Ferner der §§. 1035 und 1036, worin verordnet wird, daß der Versteigerungstag in einer Ankündigung bekannt gemacht werde, welche enthalten soll rc. — und daß diese Ankündigung dem Schuldner so wie jedem im Pfandbuchauszuge (§. 1031 Num. 3 und 4) bemerkten eingetragenen oder mit uneingetragenen wirksamen Vorzugs- und Unterpfandsrechten versehenen Gläubiger bekannt gemacht werde.

Der Grundsatz der Specialität des Unterpfandsrechts bringt es mit sich, daß jeder Unterpfandsgläubiger sich nur an die ihm versetzten Güter zu halten, daher bei einer Versteigerung von Gütern, die ihm nicht verpfändet sind, kein eigenes Interesse zu wahren und überhaupt sich um diese Veräußerung nicht zu bekümmern hat. Die Gesetzgebung kann daher keinen Grund haben, für einen solchen Fall die Benachrichtigung des Pfandgläubigers anzuordnen. Ueberhaupt aber sind obige Vorschriften nicht sowohl im Interesse der Pfandgläubiger als der Giltigkeit und Aufrechthaltung der Zwangsversteigerung und der Befreiung der Güter-Käufer von der auf denselben ruhenden Pfandlasten zu verstehen, denn so wie bei Privat-Güterkäufen der Erwerber selbst dafür zu sorgen hat, sein Eigenthum von Vorzugs- und Unterpfandsrechten in der Art, wie sie im III. Buch. 18. Titel und 8. Kapitel des Landrechts (Satz 2181 u. f.) vorgezeichnet ist, zu entledigen, so muß dagegen bei richterlichen Zwangsversteigerungen von Obrigkeitswegen, oder von der Vollstreckungsbehörde für die Erreichung dieses Zweckes der Bedacht genommen werden, daher sagt der §. 1056 der Proceßordnung (rückweisend auf den schon citirten §. 1036).

„Die Benachrichtigung der Unterpfandgläubiger von der Güterversteigerung hat zur Folge, daß hinsichtlich derselben nach auf Anweisung der zuständigen Behörde geschehener Zahlung des Steigerungspreises die Befreiung des versteigerten Guts von der Unterpfandslast eintritt."

Nach all diesem ist es wohl klar, daß die fragliche Notification des Amtsrevisorats B. an den Gläubiger durch den mehrerwähnten §. 1053 nicht geboten war. Das Amtsrevisorat scheint durch den erhaltenen Auszug aus dem Unterpfandsbuche dazu veranlaßt worden zu sein, ohne zu wissen, daß der von ihm benachrichtigte Gläubiger bei dieser Güterversteigerung nicht betheiligt war. Der Ortsvorgesetzte aber befand sich offenbar im Irrthume über den Sinn und Umfang der Vorschrift in §. 1053, und ein solcher mag noch bei andern Vollstreckungsbeamten obwalten, daher eine Belehrung derselben wünschenswerth erscheinen, weil derartige Notificationen dem Gläubiger unnöthige Sorge, Bemühungen und Kosten an Porto und Gebühren, die ihm Niemand ersetzt, verursachen.

Donsbach.

IV.

Beispiel eines stillschweigenden Widerrufs eines Vermächtnisses in einer späteren letzten Willensverordnung.

Landrechtsatz 1036.

Die Wittwe des Jacob K. von Barchen errichtete am 15. Juli 1838 einen öffentlichen letzten Willen, worin sie einen ihrer gesetzlichen Erben, den Krämer Jacob G. daselbst, zum Erben einsetzte, jedem seiner drei Geschwister 300 fl., dem Sohne ihrer verstorbenen Schwester, Schneider Georg Adam K. in Kälbertshausen 200 fl. und jedem seiner Kinder (6 an der Zahl) 300 fl. vermachte.

Am 11. August 1840 errichtete die Erblasserin einen andern letzten Willen in öffentlicher Form, worin sie dem Franz und Paulus G. in Neckarelz je 300 fl., dem Schneider G. Ad. K. in Kälbertshausen 100 fl. und jedem seiner Kinder ebensoviel, endlich den Rest ihres Vermögens dem Jacob G. vermachte.

Am 20. Dezember 1844 starb sie mit Hinterlassung eines Vermögens von 9216 fl. 39 kr.

Bei der Erbtheilung wurde nur das letzte Testament vom 11. August 1840 berücksichtigt und hiernach wurden dem Gg. Ad. K. und jedem seiner Kinder nur je 100 fl. zugeschieden, weil der Erbnehmer Jacob G. das frühere Testament durch das spätere widerrufen erachtete und deßhalb den Anspruch des G. A. K. und seiner Kinder auf die in beiden Testamenten ihnen ausgeworfene Vermächtnisse nicht anerkannte, welcher Ansicht auch der das Theilungsgeschäft fertigende Notar beitrat.

G. A. K. mit seinen Kindern forderte nun von Jacob G. gerichtlich die Auszahlung auch der im Testamente ausgeworfenen Vermächtnisse mit 2000 fl. und das Amt N. B. erkannte auch nach seinem Antrage; allein auf die von dem beklagten Erbnehmer gegen dieses Urtheil eingelegte Appellation wurde dasselbe von Gr. Hofgerichte des Unterrheinkreises (II. Civ. Senat) dahin abgeändert, daß die Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit ihrer Klage auf Auslieferung des Stückvermächtnisses von 2000 fl. abzuweisen seien — und zwar aus folgenden

Gründen:

Dadurch, daß dem Kläger und seinen sechs Kindern in dem neueren Testamente vom 11. August 1840 — 600 fl. vermacht wurden, ist zwar an sich die Verordnung im früheren Testamente, daß sie 2000 fl. haben sollen, nicht widerrufen, da beide Vermächtnisse miteinander zum Vollzug kommen können;

Landrechtsatz 1036.

allein die Frage, ob dies die Absicht der Erblasserin war? ist aus dem ganzen Inhalt des letzten Willens vom 11. August 1840 und dessen Verhältniß zu dem Inhalt des früheren Testaments vom 15. Juli 1838 — zu entscheiden!

Aus dieser Vergleichung ergibt sich aber die Absicht der Erblasserin, welche auch in dem früheren Testamente den Beklagten zum Erben eingesetzt, ihm jedoch das Erbe durch Vermächtnisse im Betrag von 2900 fl. geschmälert hatte, wovon 2300 fl. dem Kläger und seinen Kindern zugedacht waren — diese Schmälerung in dem später vor einem andern Stadtschreiber errichteten Testamente zum Nachtheil der Kläger und zum Vortheil des, wiederum zum Erbnehmer eingesetzten Beklagten auf 1300 fl. zu mindern.

Beide letzte Willen enthalten nämlich nicht vereinzelte, sondern erschöpfende Verfügungen über die Nachfolge in den gesammten Nachlaß und das zuletzt errichtete Testament ändert nur den einzelnen Vermächtnißnehmern zugedachten Betrag.

Jene Absicht ergiebt sich insbesondere daraus, daß die Erblasserin im letzten Testamente nach Aussetzung der Vermächtnisse verfügte, den Rest ihres Vermögens solle Beklagter haben; denn es wäre überflüßig gewesen, dies auszusprechen, wenn sie ihr früheres Testament hätte beachtet wissen wollen: es muß daher nach

Landrechtsatz 1100 da. db. vergl. mit 1157.

angenommen werden, daß sie von ihrer früheren Verfügung ganz absehen wollte.

Für diese dem Erbnehmer günstige Auslegung spricht überdies auch nach Landrechtsatz 1100 dd. die Vermuthung.

Die Kläger ergriffen das Rechtsmittel der Oberappellation, allein das Großh. Oberhofgericht bestätigte durch Urtheil vom 23. Dezember 1846 (I. Civ. Senat) Nr. 5739 das hofgerichtliche Erkenntniß mit folgender Begründung:

Unbestritten ist es, daß Jakob K. Wittwe zu Bargen, nachdem sie am 15. Juli 1838 einen öffentlichen letzten Willen errichtet hatte, worin sie den Jacob G. zum Erben einsetzte, jedoch dabei verordnete, daß er dem Georg Adam K. — dem Sohne einer verstorbenen Schwester der Testirerin — 200 fl. und jedem seiner sieben Kinder 300 fl., zusammen also 2300 fl. auszahlen soll, am 11. August 1840 ein weiteres öffentliches Testament errichtete, worin sie, ohne das Testament vom 15. Juli 1838 ausdrücklich zu widerrufen, verordnete, daß sie dem Georg Adam K. in Kälbertshausen 100 fl., und jedem der sieben Kinder des letzteren 100 fl., den Rest ihres Vermögens aber dem Bürger und Krämer Jakob G. in Bargen vermache. — Nur die Frage ist unter beiden Theilen bestritten, ob Georg Adam K. und jedes seiner sechs Kinder außer dem ihnen in dem Testamente vom 11. August 1840 zugedachten Vermächtnisse auch noch das ihnen durch das frühere Testament vom 15. Juli 1838 ausgesetzte Vermächtniß ansprechen könne, oder ob dieses Vermächtniß durch das neuere Testament widerrufen worden sei.

Nach dem Landrechtsatz 1036 macht ein späteres Testa-

ment die in einem früheren Testamente enthaltenen, nicht ausdrücklich widerrufenen, Verfügungen nur dann ungültig, wenn diese mit den in dem späteren Testamente enthaltenen Verfügungen zusammen nicht bestehen können, und hiernach würde nicht nur die in dem späteren, sondern auch die in dem früheren Testamente zu Gunsten der Kläger getroffene Verfügung gültig sein, weil die den Letzteren in den beiden Testamenten zugedachten Geldvermächtnisse zusammen bestehen können. Indessen ist diese Regel dem allgemeinen Grundsatze untergeordnet, daß bei Auslegung eines Testamentes zunächst die muthmaßliche Absicht des Testators berücksichtigt werden muß, insoweit diese aus der Testamentsurkunde selbst erkennbar ist. In dem vorliegenden Falle ergiebt sich aber aus dem Inhalt des späteren Testamentes vom 11. August 1840, daß die Testirerin nicht die Absicht hatte, den Klägern neben dem ihnen in diesem Testamente zugedachten Vermächtnisse auch noch das Vermächtniß zu hinterlassen, welches sie ihnen in dem Testamente vom 15. Juli 1838 zugedacht hatte. In dem Testamente vom 11. August 1840, das sich über den ganzen Nachlaß der Testirerin erstreckt, verordnete dieselbe nämlich, nachdem sie mehrere Vermächtnisse ausgesetzt hatte, unter welchen auch das dem Klägern und seinen Kindern zugedachte Vermächtniß begriffen ist, daß sie den Rest ihres Vermögens dem Bürger und Krämer Jakob G. in Bargen, dem jetzigen Beklagten, vermache.

Unter dem Rest ihres Vermögens, welchen die Testirerin hiernach dem Jakob G. vermachte, verstand sie aber offenbar den Theil ihres Nachlasses, welcher nach Bezahlung der unmittelbar vorher ausgesetzten Geldvermächtnisse übrig blieb.

Diesen Theil des Nachlasses würde aber der Beklagte nicht erhalten, wenn er den Klägern außer dem ihnen in diesem Testamente ausgesetzten Vermächtnisse auch noch das Vermächtniß bezahlen müßte, welches ihnen in dem früheren Testamente vom 15. Juli 1838 ausgesetzt war.

Wenn es aber auch noch zweifelhaft sein könnte, ob die Testirerin, als sie das Testament vom 11. August 1840 errichtete, die Absicht hatte, den Klägern außer dem ihnen in diesem Testamente ausgesetzten Vermächtnisse auch das Vermächtniß zu hinterlassen, welches sie ihnen in dem Testamente vom 15. Juli 1838 zugedacht hatte, so müßte doch auch in diesem Falle nach Landrechtsatz 1100 dd. die Entscheidung für den Beklagten und gegen die Kläger erlassen werden."

Stemef.

V.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Amtsrevisorats-Assistenten als Notare.

Die landesherrliche Verordnung vom 25. November 1841 (Regierungsblatt Nr. XXXVIII.) über die rechtspolizeilichen Geschäfte und die Dienstverhältnisse der Theilungscommissäre theilt bekanntlich die letzteren in zwei Classen ein: Districtsnotare, welche nach §. 4. auf eigenen Namen die in ihrem Districte vorkommenden rechtspolizeilichen Geschäfte, so weit diese nicht dem Amtsrevisor als Bezirksnotar oder andern Beamten zugewiesen sind, zu verrichten haben, und Amtsrevisorats-Assistenten d. h. nach §. 17. solche Theilungs-Commissäre, welche nicht als Districtsnotare angestellt, sondern bei den Amtsrevisoraten beschäftigt sind. Nach §. 18 Nr. 4., sind diese Assistenten auch zu der, den Districtsnotaren erforderlichen Aushülfe zu verwenden, bedürfen jedoch wie zu den übrigen in §. 18 genannten Verrichtungen (die uns hier zunächst nicht berühren) eines allgemeinen oder besondern Auftrags des Amtsrevisors.

Unter Bezugnahme auf den §. 18 schreibt nun der §. 29 der von Großherzoglichem Justizministerium unterm 4. Januar 1842 (Regierungsblatt Nr. I) ertheilten Instruktion vor:

„Haben sie (die Assistenten) zur Fertigung von gewissen Geschäften einen allgemeinen Auftrag des Amtsrevisors, so müssen sie dieses Auftrags in jedem Geschäfte nach Datum und Nummer Erwähnung thun, und wenn sie einen besondern Auftrag erhalten, die deßfallsige Fertigung dem Geschäfte beifügen."

Diese Vorschrift setzt offenbar voraus, einmal, daß der, vom Amtsrevisor resp. Bezirksnotar dem Assistenten ertheilte Auftrag dem Geschäfte selbst vorausgehe; sodann: daß der Auftrag an sich bleibend beurkundet sei. Der Grund hiezu ist eben so natürlich, als triftig. Die Eigenschaft eines Amtsrevisors beziehungsweise Bezirksnotars ist durch den öffentlich verkündeten

Willen des Regenten beziehungsweise das Gesetz (§. 8 der höchsten Verordnung vom 25. November 1841) bleibend an eine gewisse Person gebunden und Kraft jener Eigenschaft verrichtet sie diejenigen Geschäfte, wozu sie vom Gesetze angewiesen ist. Dasselbe gilt von den Districtsnotaren, nur mit dem Unterschied, daß diese durch das Großherzogliche Justizministerium angestellt werden (§. 3. d. V.). Bezirks- und Districtsnotar empfangen also ihren Auftrag oder wenn man lieber will ihre Legitimation durch ihre Ernennung und nur durch diese und für die bleibende Beurkundung der letzteren ist nächst der Anstellungsurkunde auch noch durch *Publication* im *Regierungsblatt* resp. *Kreisanzeige-* und *Localblatt* gesorgt. Anders verhält sich die Sache bei den Assistenten, denen die Notars-Eigenschaft als solchen nicht zukommt und hat die höchste Verordnung nun gleichwohl gewisse Fälle zugelassen, in welchen den Amtsrevisoren gestattet sein soll, die Assistenten zu Notariatsgeschäften zu verwenden, d. h. sie für jene Fälle zu Staatsschreibern zu ernennen, so war es einerseits, weil mit dieser Ernennung erst die Legitimation und Fähigkeit überhaupt zur Vornahme des Geschäftes eintritt, natürlich, nur von einem, dem Geschäfte vorausgehenden *Auftrage* zu sprechen, wie dies der §. 18. a. a. O. thut, auf der andern Seite aber mußte man, wenn man die Rechtssicherheit nicht preisgeben und bei den Notariatsgeschäften der Assistenten nicht weniger verlangen wollte, als bei denen der wirklichen Notare (was ohnedies der Stellung der letzteren gegenüber den ersteren widersprechen würde) *eine bleibende Begründung* jener Aufträge fordern, wie dies denn auch der §. 29 der Instruction damit gethan hat, daß er die Erwähnung allgemeiner Aufträge in jedem Geschäfte *nach Datum und Nummer*, bei besondern Aufträgen aber *die Beifügung der desfallsigen Fertigung selbst* vorschreibt.

Daß nun aber die Sache von den Amtsrevisoren hin und wieder nicht so angesehen wird, beweist folgender, kürzlich dahier entschiedener Rechtsfall:

Die Intestaterben des N. traten gegen dessen Testamentserben mit einer Klage auf, worin sie begehrten, das Testament für ungültig zu erklären, weil der Testamentsfertiger, ein Amtsrevisoratsassistent, vom Amtsrevisor keinen Auftrag zur Aufnahme des Testamentes gehabt habe. (Ein weiterer aus angeblicher Verletzung des Landrechtsatzes 972 hergenommener Nichtigkeitsgrund wurde auch hier, conform mit dem Unterrichter, verworfen). Mit Obigem hatte es aber nun inhaltlich der Verlassenschaftsacten folgende Bewandtniß:

In dem durch jenen Assistenten gefertigten öffentlichen letzten Willen bezieht sich derselbe zwar auf eine Anlage, welche ihn zur Testamentsfertigung beauftrage, eine solche Anlage findet sich dabei aber nicht vor. Als nämlich der Assistent das Testament dem Amtsrevisor zur Aufbewahrung überreichte, verweigerte der letztere die Annahme und die Unterzeichnung der dem Testament beigefügten, von der Hand des Assistenten projectirten (und mit dem früheren Datum versehenen) *Auftrags-Urkunde* aus dem Grunde, weil er im Testamente einen Formfehler, wahrscheinlich denselben, worauf die Intestaterben nachmals den zweiten Klaggrund stützten, entdecken zu müssen glaubte. In dieser Beziehung enthalten die Acten folgende spätere Offizialbemerkung des Amtsrevisors:

„Assistent N. nahm einen letzten Willen des N. ohne diesseitigen Auftrag auf. Er legte ihn am Todestag des Erblassers vor. Wäre er in Ordnung gewesen, so würden wir ihm nachträglich die Ermächtigung der Aufnahme nicht verweigert haben, weil der Assistent die Dringlichkeit vorschützte. So gaben wir ihn zurück, um das Beanstandete zu verbessern, allein der Assistent äußerte gleich, daß der Erblasser gestorben sei, sich also deßhalb nichts umändern lasse."

Auf diese Weise kam es, daß sodann der Assistent selbst das fragliche Testament dem mit der Verlassenschafts-Auseinandersetzung beschäftigten Districtsnotar zur Berücksichtigung übergab, wodurch dasselbe zu den Acten gekommen ist.

In dem hierauf anhängig gewordenen Rechtstreite selbst stellte nun der vom beklagten Testamentserben beigeladene Assistent zur Rechtfertigung seines Verfahrens die weitere Behauptung auf, daß er (gleich den andern Assistenten des betreffenden Amtsrevisorats) durch den Amtsrevisor *mündlich* zur Vornahme von Notariatsgeschäften mit der Weisung bevollmächtigt gewesen sei, jedes Mal die *Auftragsurkunde* niederzuschreiben und solche dem Geschäfte selbst behufs der Unterzeichnuug durch den Amtsrevisor beizulegen; eine Behauptung, welche schon nach dem oben Erwähnten als vom Amtsrevisor *wenigstens für dringende Fälle* zugestanden betrachtet werden

muß. Da jedoch zufolge der aufgestellten Ansicht dieses Vorbringen als unerheblich erschien, so wurde nach Ansicht der Landrechtsätze 972, 1317 das amtliche, nach dem Klagbegehren erkennende Urtheil durch den diesseitigen Gerichtshof lediglich bestätigt.

Die Richtigkeit dieser Entscheidung und der ihr unterliegenden Gründe nun vorausgesetzt, ergiebt sich aus obigem Rechtsfalle, daß es der Vorschrift des §. 29 der Instruction ungeachtet um die Rechtssicherheit bei den durch Assistenten gefertigten Notarialsgeschäften keineswegs so bestellt ist, wie man dies bei Erlassung jener Vorschrift beabsichtigt haben mochte. Die Rücksicht namentlich, sich zunächst vor irgend einer Verantwortlichkeit, die aus einem Versehen des Assistenten entspringen könnte, zu bewahren und die hieraus erklärbare Absicht, das eingekommene Geschäft vorerst zu prüfen, soll dem Vernehmen nach auch noch andere Amtsrevisoren zu derjenigen Verfahrungsweise bestimmt haben, wie sie oben als ungesetzlich bekämpft worden ist und wie sie, was die nachträgliche Unterzeichnung der Auftragsurkunde betrifft, als geradezu die Falschheit der Urkunde involvirend bezeichnet werden muß. Nicht im Gesetze selbst, sondern lediglich und allein in einer richtigen Auffassung desselben in Verbindung mit der, für jeden einzelnen Fall nicht zu controlirenden Befolgung desselben liegt also die Sicherheit und es fragt sich hiernach:

War es vom legislativen Standpunkte aus rathsam oder sonst unabweislich nothwendig, von dem bei den Bezirks- und Districtsnotaren gewahrten Grundsatz, wornach die Eigenschaft derselben als öffentlicher Beamter ständig mit ihrer Person verknüpft und daß dies geschehen zu Jedermanns Kenntnißnahme bekannt gemacht wird, eine Ausnahme zu machen und jene öffentliche Eigenschaft wandelbaren Aufträgen Preis zu geben? Die Anregung dieser Frage ist der Zweck vorstehender Mittheilung.

Baumüller. *)

VI.

Oberhofgericht.

Ein verkündigtes Strafurtheil kann vom nämlichen Richter nur in Folge einer Reassumtion der Untersuchung oder in Folge einer Nichtigkeitsbeschwerde, wenn der oberste Gerichtshof als letzte Instanz gesprochen hat, und vom höheren Richter nur in Folge dagegen gebrauchter Rechtsmittel abgeändert werden.

Annalen IX. 240.

Durch ein Erkenntniß vom 27. Februar 1845 hatte das Hofgericht den Fr. Ant. Faber eines zweiten großen Diebstahls im Betrage von 15 fl. 4 kr. für schuldig erklärt und in eine Gefängnißstrafe von vier Wochen verfällt.

Nachdem dieses Urtheil in Rechtskraft erwachsen und zum Vollzug gebracht worden war, gerieth Faber neuerdings wegen Diebstahls in Untersuchung, welche dem nämlichen Hofgericht zur Aburtheilung vorgelegt ward. Bei dieser Gelegenheit ergab sich nun aus den vollständig adregistrirten Vorakten, daß der früher als zweiter großer Diebstahl abgestrafte Fall ein dritter Diebstahl war. Das Hofgericht nahm daher unterm 13. Juni 1846 das Urtheil vom 27. Februar 1845 ex officio zurück, erkannte nunmehr den Inculpaten des dritten Diebstahls für schuldig und verurtheilte denselben zu einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren, woran jedoch obige Gefängnißstrafe abgerechnet werden sollte. Faber ergriff hiergegen den Rekurs, welchen sein Anwalt folgendermaßen ausführte:

Die Beurtheilung des in Frage stehenden Diebstahls eignete sich zur Competenz des Hofgerichts, so wie das Bezirksamt Bühl zur Untersuchung der competente Richter war. Es wird nun aber die Strafgewalt des Staates schlechthin nur durch den zur Untersuchung und Aburtheilung competenten Richter geübt, so zwar, daß der letztere der rechtmäßige Vertreter des Staats in Bezug auf die Ausübung der Strafgewalt ist. Die nothwendige Folge davon ist, daß ein von dem competenten Richter erlassenes Strafurtheil, sobald weder der Staat noch der Angeschuldigte dagegen Recurs einlegt, von beiden respectirt werden muß, beziehungsweise in Bezug auf beide rechtskräftig wird. Die entgegengesetzte Ansicht widerstreitet offenbar dem criminalrechtlichen Grundsatze „ne bis in idem." Die Aufrechthaltung dieses Satzes allein aber giebt einen vollkommenen Schutz der Persönlichkeit im Staate, während andernfalls über jedem, der einmal ein Strafgesetz übertreten hat, die Strafgewalt des Staates zeitlebens wie das Schwert des Damokles schwebt. (Schluß folgt).

*) Hofgerichtsrath in Rastadt.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 12. Karlsruhe, den 20. März 1847.

I.

Oberhofgericht.

Ein verkündigtes Strafurtheil kann vom nämlichen Richter nur in Folge einer Reassumtion der Untersuchung oder in Folge einer Nichtigkeitsbeschwerde, wenn der oberste Gerichtshof als letzte Instanz gesprochen hat, und vom höheren Richter nur in Folge dagegen gebrauchter Rechtsmittel abgeändert werden. (Schluß.)

Denn wenn selbst die Erstehung einer von dem competenten Richter erkannten Strafe nicht vor nochmaliger Aburtheilung und Bestrafung der nämlichen Uebertretung eines Strafgesetzes sichert, so giebt es hiefür keinen Schutz mehr. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist dagegen ausgeführt:

> „Strafurtheile, welche unter einer irrigen Voraussetzung ergangen, eine zu gelinde Strafe aussprechen, verletzen das unzweifelhafte Recht des Staates, für das Verbrechen die volle gesetzmäßige Strafe zu fordern, und müssen deßhalb auch zurückgenommen werden, sobald sich die Voraussetzung als irrig erweist."

Allein sowohl der erste Satz, als die daraus gezogene Folge dürfte unrichtig sein. Nach den bestehenden Strafgesetzen hat der Staat kein weiteres Recht, als zu verlangen, daß Uebertretungen von Strafgesetzen von dem competenten Richter untersucht und abgeurtheilt werden. Beides, sowohl die Einleitung der Untersuchung als die Aburtheilung, sind in das Ermessen des Richters gestellt. Sobald aber dieses Ermessen sich durch Urtheil kund gegeben hat, hört die Thätigkeit des Richters auf. Derselbe ist überall nicht mehr befugt, sein Erkenntniß selbst zu reformiren, es kann dies vielmehr lediglich nur im Wege des Recurses von einem höheren Richter geschehen.

Die Entscheidungsgründe beschränken zwar das Recht zur Zurücknahme von Strafurtheilen auf solche, welche unter einer irrigen Voraussetzung ergangen sind; es ist nun hier zunächst nicht ausgedrückt, ob nur ein thatsächlicher oder ein Rechtsirrthum unterstellt wird. Wollte man beides annehmen, so käme man zu dem Satz, daß ein in letzter Instanz ergangenes Strafurtheil, welches irrigerweise auf ein milderes Strafgesetz gebaut ist, zurückgenommen werden könne. Wer soll aber diesen Irrthum bemessen? Wer ist überhaupt Bürge dafür, daß ein Irrthum unterlaufen ist, daß nicht vielmehr die gegen ein derartiges Erkenntniß geltend gemachte Ansicht auf einem Irrthum beruht?

Allein auch wenn man den Fall auf den thatsächlichen Irrthum einschränken wollte, erhielte man die nämlichen Consequenzen. Wer soll einen solchen thatsächlichen Irrthum prüfen? mit andern Worten, welche Thatsachen sollen einen zureichenden Irrthum darstellen?

Es wird in den Entscheidungsgründen ferner darauf hingewiesen, daß in Strafsachen kein Verzicht gelte; allein auf was anderem beruht die Anordnung des Strafvollzugs nach fruchtlos umlaufener Recursfrist als auf der Fiction eines Verzichts? Ueberhaupt, wollte man eine Abänderung rechtskräftiger Straferkenntnisse wegen Berechtigung des Staats zulassen, so müßte dies auch durch den Angeschuldigten bewirkt werden können. Dies schlösse aber einen jeden Vollzug geradezu aus, denn wer in aller Welt kann wissen, ob nicht bei einem jeden Straferkenntniß sich in der Folge eine irrige Unterstellung in rechtlicher oder in faktischer Beziehung zum Nachtheile oder zu Gunsten des Bestraften herausstellen wird?

Man muß entweder gar nicht vollziehen oder als rechtskräftig vollziehen, d. h. nur ein durch den Ablauf einer bestimmten Zeit unabänderlich gewordenes Erkenntniß

vollziehen. Denn den Vollzug eines Straferkenntnisses anordnen, von dem man nicht weiß, ob es in der Folge zu Gunsten oder zum Nachtheil des Angeschuldigten abgeändert werden kann, dürfte sich bei einer menschlichen Criminalrechtspflege nicht rechtfertigen lassen. Nachdem nun aber das Gesetz den Vollzug eines rechtskräftigen Erkenntnisses gestattet, erklärt es dasselbe für unabänderlich, allerwenigstens zum Vortheil des Verurtheilten. Der competente Richter kann kein unrechtmäßiges Uebel zufügen, denn eine von ihm ausgesprochene Strafe ist rechtmäßig, weil er sie ausspricht. Dies muß allermindestens dann angenommen werden, wenn die ausgesprochene Strafe milder ist, als sie nach dem Gesetz hätte sein können.

In einem wohlgeordneten Staat ist überdies ein thatsächlicher Irrthum wie der hier in Frage stehende nicht denkbar. Der Staat hat nicht nur das Recht, die Handhabung übertretener Strafgesetze zu verlangen, sondern auch die Pflicht, seine Angehörigen vor den Folgen irriger Urtheile zu schützen. Er sorge dafür, daß kein Strafurtheil den Gerichten unbekannt sei, welches gegen einen Angeschuldigten erlassen worden ist, dann wird ihm keine Rechtsverlegung durch ein unter irriger Voraussetzung erlassenes Urtheil zugehen. Unterläßt er dies, indem er entweder keine zweckmäßigen deßfallsigen Anordnungen trifft, oder indem seine Vertreter diese Anordnungen nicht befolgen, so hat er die Folgen dieser Unterlassung selber verschuldet, sie können also auch nur ihn treffen.

Die Frage über die Rechtskraft der Strafurtheile ist unter den Lehrern des gemeinen deutschen Strafverfahrens bekanntlich sehr bestritten, man vergleiche z. B. Mittermaier, deutsch. Strafverfahren, 1846 II. Th. §. 202 und 205.

Dieser Criminalproceßlehrer entscheidet sich übrigens in Bezug auf die Frage, wie sie sich hier darstellt, für die hier vertheidigte Ansicht, indem er a. a. O. §. 202 Note 19 sagt: „Es hieße das Untersuchungsverfahren über alle Gebühr und gegen alle Praxis ausdehnen, wenn der Untersuchungsrichter die Rechte des Staats von Amtswegen verfolgen könnte, im Falle ein Urtheil zu gelind ist."

Gerade so wie das gemeine Recht diese Frage unentschieden läßt, ist dies auch in unserem Strafedikt der Fall und deßhalb nicht zu verwundern, daß auch bei uns verschiedene Ansichten bisher sich geltend machten.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher von 1834. S. 412 ff.

Die neue badische Strafproceßordnung, welche doch auch in sehr vielen Theilen die bisherige Praxis zum Gesetz erhebt, entscheidet den vorwürfigen Fall im §. 303 nach der hier vertheidigten Ansicht. Dieselbe beschränkt nämlich die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein vorausgegangenes verurtheilendes Erkenntniß auf die Fälle, wo ein gerichtliches oder außergerichtliches Geständniß einer schwereren Eigenschaft eines schon bestraften Verbrechens erfolgt, oder wenn bei einer späteren Untersuchung gegen Mitschuldige eine Ueberweisung des früher zu milde Beurtheilten herbeiführt. Dadurch ist also namentlich der Fall ausgeschlossen, wenn durch andere Beweise als durch Geständniß eine höhere Qualification eines Verbrechens hergestellt sein soll, es sei denn, daß durch diesen Beweis neuerdings Mitschuldige überführt sind; und selbst die letztere Bestimmung wird man auf den Fall beschränken müssen, wo auch gegen Mitschuldige die höhere Qualification nachgewiesen ist.

Auch mit diesen Beschränkungen wurde die Reassumtion bei den landständischen Diskussionen bekanntlich nur nach wiederholten Verhandlungen angenommen.

Hiernach könnte also nach der neuen Strafproceßordnung das fragliche Urtheil nicht zurückgenommen werden, weil die höhere Qualification nicht durch ein Geständniß erwiesen ist. In jedem Falle wird zugegeben werden müssen, daß die Frage mindestens sehr zweifelhaft ist, und darum die hier vertheidigte Ansicht als die mildere den Vorzug verdiene. Müßte doch auch nach dieser Ansicht entschieden werden, wenn der vorwürfige Fall, obgleich die That unter der Herrschaft des alten Gesetzes geschehen, erst nach Einführung der neuen Strafproceßordnung zur Entscheidung gekommen wäre.

Dem in der Recursausführung gestellten Antrage gemäß hat das Großherzogliche Oberhofgericht durch Entscheidung vom 30. Januar l. J. das hofgerichtliche Urtheil vom 13. Juni 1846 aufgehoben und jenes vom 27. Februar 1845 wieder hergestellt.

Gründe.

Der Grundsatz, daß richterliche Urtheile von dem urtheilenden Richter nicht schlechthin, sondern nur in Folge eingelegter Rechtsmittel zurückgenommen oder von dem höheren Richter abgeändert werden können, muß als in dem Zwecke der Rechtspflege begründet, sowohl für das bürgerliche als für das Strafverfahren gelten.

Das Recursgesetz vom 3. August 1837 gestattet sowohl

dem Angeschuldigten als dem Staatsanwalt den Recurs gegen strafgerichtliche Erkenntnisse, und läßt es hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Neuheiten bei den bestehenden Rechten. Das Strafurtheil, wogegen in der gesetzlichen Frist kein Recurs eingelegt wurde, geht daher in Rechtskraft über und kann nur noch im Wege der Nichtigkeit oder der Restitution angefochten werden. Von einer Nichtigkeitsbeschwerde kann hier keine Rede sein, da das Großherzogliche Hofgericht das Urtheil vom 27. Februar 1845 in den Grenzen seiner Competenz gefällt und nur übersehen hat, daß der Recurrent nicht blos durch Urtheil des Bezirksamts Eppingen, vom 10. Nov. 1842, sondern auch schon durch hofgerichtliches Urtheil vom 1. August 1829 wegen Diebstahls gestraft worden war, die weitere Entwendung bei Müller Bal in Altschweier sich daher nicht als zweiter, sondern als dritter Diebstahl darstellte. Diese nunmehr actenmäßig gewordene Thatsache könnte nun zwar allerdings eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Wiederaufnahme der früheren Untersuchung begründen; allein fürs erste kommt dieses Rechtsmittel gemeinrechtlich nur dem verurtheilten Inkulpaten zu statten,

Mittermaier, deutsch. Strafrecht 3te Aufl. §. 205.
Stübel, Crim. Verf. §. 3465 ff.
Martin, Lehrb. des Criminalproc. §. 159.

wovon die badische Gesetzgebung keine Abweichung enthält, und fürs andere fehlt es an dem nach dem vorausgeschickten Grundsatze erforderlichen Antrage des Staatsanwaltes um so mehr, als das einheimische Strafverfahren in der Instanz der Rechtsmittel auf die Principien des Anklageprocesses gebaut ist, eine Abänderung eines richterlichen Erkenntnisses von Amtswegen daher unter jeder Bedingung als unzuläßig erscheint.

Auch nach den Bestimmungen des neuen Strafprocesses (§. 305) würde eine Wiederaufnahme der früheren Untersuchung nur auf Antrag des Staatsanwalts und in dem vorliegenden Falle auch aus materiellen Gründen nicht stattfinden können ꝛc.

Vorstehendes Urtheil erging im II. Senat, von welchem früher, wie die Jahrbücher, N. F. VIII. 349 melden — ein ähnlicher Fall im entgegengesetzten Sinne entschieden worden ist.

Durch das gegenwärtige Präjudiz wird indessen die von dem obersten Gerichtshofe in neuerer Zeit bei mehreren Gelegenheiten bejahend entschiedene Frage: ob Strafurtheile, welche von den Aemtern incompetenterweise erlassen wurden, von den Obergerichten ex officio abgeändert werden können? (Annalen XI. 187) nicht berührt.

D. Red.

II.

Großherzoglich Badisches Oberhofgericht.

Urtheil

in Anklag-Sachen des Großherzoglichen Staatsanwalts, Anklägers, Appellanten,

gegen

den Hofrath und Professor Dr. C. Th. Welcker zu Heidelberg, den Literaten Dr. Wilhelm Schulz in Zürich und eventuell den Buchhändler A. Knittel in Karlsruhe, Angeklagte, Appellaten,

wegen durch die Presse verübter Schmähung und Beleidigung der Großherzoglich Hessischen Regierung,

wird nach gesetzlichen Verhandlungen zu Recht erkannt: es sei das Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 4. März v. J. Plen. Nr. 2791, besagend:

„daß der Großherzogliche Staatsanwalt wegen mangelnder Legitimation mit der erhobenen Anklage abzuweisen, und die Großherzogliche Staatskasse in sämmtliche Kosten zu verfällen sei" —

zu bestätigen, und die Großherzogliche Staatskasse in die Kosten auch dieses Rechtszuges zu verfällen.

V. R. W.

Mannheim, den 8. Februar 1847.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das Bundespreßgesetz vom 20. Sept. 1819, welches in den §§. 1, 4 und 6 jedem Bundesstaate die Verpflichtung auferlegt, die Beleidigungen, die in seinem Gebiete gegen andere Bundesstaaten oder deren Regierungen durch die Presse begangen werden, auf eine Beschwerde der Beleidigten zu ahnden, bestimmt, abgesehen davon, daß dasselbe nach §. 10 nur auf 5 Jahre erlassen wurde, nicht näher, wie solche Vergehen verfolgt und bestraft werden sollen, es spricht vielmehr in §. 1 ausdrücklich aus, daß die Beschwerden der Beleidigten nach den in den einzel-

nen Bundesstaaten bestehenden Formen zu erledigen seien. Die Badische Gesetzgebung enthält nun aber keine andere hier anwendbare Bestimmung, als das allgemeine Gesetz über die Bestrafung der Verläumdungen und Ehrenkränkungen vom 28. December 1831 und die besondere Vorschrift im §. 43 des Preßgesetzes vom nämlichen Tage. Hieraus folgt, daß die Beleidigungen, von welchen das Bundespreßgesetz von 1819 spricht, von den Badischen Gerichten nur als Verläumdungen und Ehrenkränkungen, also nur in so ferne sie den Thatbestand eines dieser Vergehen in sich begreifen, und nur in den für diese Vergehen vorgeschriebenen Formen verfolgt und bestraft werden können.

Für Verläumdungen und Ehrenkränkungen stellt aber das Gesetz von 1831 im §. 12 die Regel auf, daß sie auf Klage der Beleidigten oder ihrer gesetzlichen Vertreter bestraft werden dürfen, bloß die einzige Ausnahme ist dort zugelassen, daß wegen Beleidigungen gegen inländische Staatsbeamte oder untergeordnete öffentliche Diener in gewissen Fällen der Staatsanwalt klagen könne.

Dieser Ausnahme ist in §. 43 des Preßgesetzes die weitere beigefügt, daß bei Beleidigungen gegen auswärtige Regenten und Regierungen der Staatsanwalt auf eine ihm durch das Großherzogliche Justizministerium zugekommene Beschwerde der betreffenden Regierung die Klage erhebe.

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß der Großherzogliche Staatsanwalt unter der angegebenen Voraussetzung wegen Beleidigung des Großherzogs von Hessen hätte klagen können, er hat aber lediglich wegen Beleidigung der Großherzoglich Hessischen Regierung geklagt, und wenn man auch hierunter den Großherzog verstehen kann, insoferne er alle Rechte der Staatsgewalt in sich vereinigt, so ist doch jedenfalls der Großherzogliche Staatsanwalt zu einer Klage wegen Beleidigung des Großherzogs nicht ermächtigt, indem das im Auszuge von ihm vorgelegte Schreiben des Großherzogl. Hessischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten eine Beschwerde wegen Beleidigung der Person des Großherzogs offenbar nicht enthält.

Neben den auswärtigen Regenten führt nun zwar das Preßgesetz im §. 43 auch die auswärtigen Regierungen als solche auf, wegen deren Beleidigung der Staatsanwalt Klage erheben könne, allein wenn man auch in constitutionellen Monarchien vom Regenten die Regierung zu unterscheiden und unter Letzteren außer dem Regenten die obersten Staatsbeamten zu begreifen pflegt, vermittelst deren derselbe die ihm zustehende Staatsgewalt in der Art ausübt, daß sie den Kammern für die Regierungshandlungen verantwortlich sind, so ist doch die angeführte Gesetzesstelle auf die Regierungen der constitutionellen Monarchien in diesem Sinne nicht zu beziehen, denn

1) nach allgemeinen Begriffen, die auch dem Gesetze über die Ehrenkränkungen überall zu Grunde liegen, können nur bestimmte physische Personen als solche oder als Mitglieder von bestimmten Körperschaften oder Behörden beleidigt werden und als Beleidigte Klage erheben. Von diesem sonst ohne Ausnahme durchgeführten Grundsatze würde das Preßgesetz im §. 43 abgewichen sein, wenn es eine Klage wegen Beleidigung auswärtiger Regierungen in einem solchen Sinne zugelassen hätte, wornach der Ausdruck weder eine bestimmte einzelne Person, noch die Mitglieder einer bestimmten Körperschaft oder Behörde bezeichnet.

Eine solche Abweichung ist aber um so weniger zu unterstellen, als

2) der inländischen Regierung nicht die gleiche Vergünstigung eingeräumt ist. Nach §. 12 des Gesetzes über die Ehrenkränkungen und §. 43 des Preßgesetzes unterliegt es nämlich keinem Zweifel, daß der Staatsanwalt wegen Beleidigung der Großherzoglich Badischen Regierung als solcher nicht klagen kann.

Daß der Gesetzgeber den auswärtigen Regierungen nicht einen ausgedehnteren Schutz, als der inländischen, habe einräumen wollen, liegt schon in der Natur der Sache und es ergiebt sich dies auch

3) aus dem zwar noch nicht in Wirksamkeit getretenen, aber als endgültig erklärter Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigenden neuen Strafgesetzbuche, welches in §. 631 Beleidigungen gegen die inländische Regierung unter gewissen Voraussetzungen (jedoch auch hier nicht als Verläumdung oder Ehrenkränkung) mit Strafe bedroht, der Beleidigungen gegen auswärtige Regierungen aber nirgens erwähnt, im §. 319 vielmehr nur die Beleidigungen gegen auswärtige Regenten, deren Familienglieder und Gesandte als solche bezeichnet, die auf er-

hobene Beschwerde von dem Staatsanwalte verfolgt werden sollen.

4) Hätte das Preßgesetz im §. 43 die Regierungen der constitutionellen Monarchien in dem angegebenen Sinne unter den neben den Regenten aufgeführten Regierungen verstanden, so könnte es, da die Regenten besonders genannt sind, durch die Aufführung der Regierungen neben denselben nur noch den Schutz der obersten Beamten beabsichtigt haben. Den obersten Beamten der absoluten Monarchien ist dagegen dieser Schutz offenbar nicht gewährt, da in absoluten Monarchien, wo der Regent ausschließlich die Staatsgewalt nicht allein besitzt, sondern auch ausübt, die obersten Staatsbeamten unzweifelhaft nicht unter der Regierung verstanden werden können, und es war kein zureichender Grund vorhanden, den obersten Beamten auswärtiger constitutioneller Monarchien eine Vergünstigung zu gewähren, die man den obersten Beamten absoluter Monarchien versagt hat.

Dagegen hatte man triftige Gründe, denjenigen Personen, welche in den Freistaaten die ganze Regierungsgewalt ausüben, einen ähnlichen Schutz, wie den Regenten monarchischer Staaten angedeihen zu lassen; es entspricht daher der vermuthlichen Absicht des Gesetzgebers und widerstreitet wenigstens nicht dem Wortlaute, daß man unter den Regierungen, von welchen das Preßgesetz im §. 43 spricht, die Mitglieder derjenigen bestimmten Körperschaften verstehe, welchen die oberste Leitung der Freistaaten zukommt.

Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen, daß die erwähnte Gesetzesstelle die Beleidigungen gegen auswärtige Regenten oder Regierungen auf eine Beschwerde der betreffenden Regierung geahndet wissen will; denn es folgt hieraus weiter nichts, als daß das Gesetz davon ausgeht, daß es auch in den Staaten, die einen Regenten haben, eine von seiner Person zu unterscheidende Regierung gebe, die Beschwerde für ihn erheben könne.

Wenn daher auch die Großherzoglich Hessische Regierung wegen einer ihr zugefügten Beleidigung sich beschwert hätte, so würde es an einem Gesetze fehlen, welches den Staatsanwalt ermächtigt, wegen einer solchen Beleidigung Klage zu erheben.

Indessen ist der Großherzogliche Staatsanwalt zu der erhobenen Klage auch aus dem weiteren Grunde nicht legitimirt, weil sich die Großherzoglich Hessische Regierung in dem im Auszuge vorgelegten Schreiben ihres Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten nicht darüber beschwert hat, daß sie, d. h. die Personen, die nach dem Obigen unter der Regierung des Großherzogthums Hessen verstanden werden können, durch die fragliche Druckschrift beleidigt seien. Die Beschwerde ist wörtlich darein gesetzt worden, daß diese Druckschrift

„die heftigsten Ausfälle gegen die in dem Großherzogthum Hessen bestehenden Staatseinrichtungen, insbesondere gegen die Strafrechtspflege und die niedrigsten Schmähungen und Verläumdungen gegen die Großherzoglich Hessischen Verwaltungs- und Justizbehörden, sowie auch gegen einzelne Staatsbeamten"

enthalte. Das Schreiben drückt nicht aus, daß die Großherzoglich Hessische Regierung, beziehungsweise die Personen, die hierunter zu verstehen sind, sich selbst durch die bezeichneten Ausfälle und Schmähungen für beleidigt erachten, und es könnte auch eine mittelbare Beleidigung der Großherzoglich Hessischen Regierung nur dann in diesen Ausfällen und Schmähungen gefunden werden, wenn durch sie zugleich die Ehre der Personen, welche die Regierung bilden, angegriffen wäre. Dies ist aber keineswegs schon an sich, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen der Fall, wie z. B., wenn behauptet wäre, daß die Regierung die getadelten Staatseinrichtungen ungeachtet ihrer eigenen Ueberzeugung von deren Verwerflichkeit fortbestehen lasse, oder daß sie das Verfahren, wegen dessen ihre Beamten oder Behörden geschmäht worden sind, veranlaßt oder gebilligt habe u. dgl. Das Dasein solcher Voraussetzungen ist in dem vorliegenden Beschwerdeschreiben nicht im entferntesten angedeutet, weßhalb der Gerichtshof auch nicht zu prüfen hatte, ob sie vorhanden seien oder nicht.

Aus diesen Gründen hat man den Großherzoglichen Staatsanwalt zu der erhobenen Anklage nicht für legitimirt erachtet. Derselbe hat sich zwar erboten, dasjenige nachzubringen, was etwa zu seiner Legitimation noch für nöthig erachtet werden sollte; die Großherzoglich Hessische Regierung kann aber von hier aus nicht veranlaßt werden, eine andere Beschwerde von gewissem Inhalte zu erheben, und eben so wenig konnte der Großherzogliche Staatsanwalt nach seiner dienstlichen Stellung als Geschäftsführer für die Großherzoglich Hessische Regierung

in der Art auftreten, daß sein bisheriges Einschreiten gegen die Angeklagten durch eine nachträgliche Beschwerde jener Regierung ratihabirt werden könnte.

Das Erkenntniß über die Kosten gründet sich auf §. 19 des Strafedicts, Landrechtsatz 1382 f. und §. 168 f. der bürgerlichen Proceßordnung.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Unbestritten richtig ist, daß die Staatsanwälte bei Ehrenkränkungen und Verleumdungen durch die Presse in der Regel nicht befugt sind, klagend aufzutreten, daß es denselben ausnahmsweise überhaupt nur zusteht bei Beleidigungen gegen auswärtige Regenten und Regierungen, gegen inländische Staatsstellen, oder wenn ein öffentlicher Diener in Bezug auf sein Amt beleidigt wurde; daß sie aber auch in diesen Fällen nicht lediglich von Amtswegen zu verfahren haben, sondern nur auf eine ihnen durch das Großherzogliche Justizministerium zugekommene Beschwerde der betreffenden auswärtigen Regierung und respektive auf den Antrag der beleidigten inländischen Stelle, des beleidigten Dieners, oder der ihm vorgesetzten Behörde.

§. 43 des Badischen Preßgesetzes von 1831 vergl. mit §. 12 des Gesetzes über Ehrenkränkungen.

Während demnach die Verfolgung aller übrigen durch die Presse begangenen Verbrechen und Vergehen als ein reines und unbedingtes Attribut ihres Amtes erscheint, knüpft das Gesetz die ausnahmsweise Befugniß der Staatsanwälte, bei Ehrenkränkungen und Verleumdungen durch die Presse thätig einzuschreiten, überall auch an die Bedingung einer ihnen von dem Beleidigten unmittelbar oder mittelbar dazu gegebenen Veranlassung.

Vergl. den von der Commission der zweiten Kammer der Landstände über den Entwurf des Preßgesetzes erstatteten Bericht im 13. Beilagenheft S. 34.

Hieraus folgt, daß bei Erhebung einer Klage wegen Ehrenkränkung oder Verleumdung durch die Presse der Staatsanwalt sich vor Allem über eine ihm dazu gegebene Veranlassung auszuweisen hat.

Hiervon ist aber die nothwendige weitere Folge, daß der Inhalt der ihm zugekommenen Beschwerde oder des Antrags geprüft, d. h. untersucht werden muß, ob es in der Absicht des einen oder des andern lag, die von dem Staatsanwalte angestellte Klage hervorzurufen, denn ohne die Nothwendigkeit dieser Prüfung einzuräumen, müßte man auch die Vorlage der Beschwerde, oder des Antrages für überflüssig erklären, und wollte man dieses, so würde es gegen die deutlich erklärte Absicht des Gesetzes in das willkürliche, weil der Controle der Gegenpartei und des Richters entzogene Ermessen der Staatsanwälte gestellt sein, derlei Klagen beliebig zu erheben.

Daher hat denn auch diese Prüfung der die Stelle der Vollmacht vertretenden Beschwerde oder des Antrags — gleich der einer jeden andern Proceßvollmacht — der Prüfung der Klage selbst überall voranzugehen, und erstreckt sich dieselbe lediglich auf eine Erörterung darüber, ob die Person, in deren Namen geklagt wird, dem auftretenden Staatsanwalte den Auftrag, resp. die Veranlassung gegeben hat, eine bestimmte andere Person wegen einer ihr widerfahrenen Beleidigung und zwar derjenigen zu belangen, welche den Gegenstand der erhobenen Klage ausmacht.

Findet sich hiebei entweder

I. daß die die Vollmacht bildende Urkunde einen derartigen Auftrag überhaupt nicht enthält, oder

II. daß die Klage in einem jener wesentlichen Bestandtheile von der Vollmachtsurkunde abweicht, so ist diese im ersteren Falle überhaupt zur Anstellung einer Klage untauglich, im anderen Falle aber hat der Bevollmächtigte eine andere Klage — sei es in Ansehung der Person des Klägers und des Beklagten, oder des Gegenstandes der Rechtsverfolgung angestellt, und in beiden Fällen kann er deshalb nicht als zum Proceß legitimirt betrachtet werden.

Bei der dem Staatsanwalte durch das Preßgesetz angewiesenen Stellung, welche demselben, wie im Eingange erwähnt wurde, keineswegs verstattet, selbst wenn ihm Vollmacht dazu ertheilt wäre, für jede beliebige Persönlichkeit eine Ehrenkränkungsklage anzustellen, erhebt sich sodann

III. noch die weitere Frage:

„ob ihn der §. 43 des badischen Preßgesetzes zu der Klage legitimirt, welche er angestellt hat, d. h. ob das Subject, wegen dessen angeblicher Beleidigung der Staatsanwalt klagend auftritt, ein Solches ist, für welches zu klagen der §. 43 des badischen Preßgesetzes ihn ermächtigt?“

Diese Frage ist demnach ganz unabhängig von dem, was die Vollmacht darüber enthält, lediglich aus einer

Vergleichung des Klaginhalts mit dem Gesetze zu beantworten, und kann sich dieselbe in zweierlei Art darstellen, entweder so, ob die angeblich beleidigte und an sich zur Klage berechtigte Person eine solche ist, zu deren Vertretung der §. 43 des badischen Preßgesetzes den Staatsanwalt berufen hat, oder in der Weise, ob der angeblich beleidigte Theil überhaupt nur eine klagberechtigte Persönlichkeit ist; denn beides fällt der Wirkung nach in Eins zusammen, indem der Staatsanwalt, wenn die Frage verneint werden muß, hier sowenig, wie dort, zur Erhebung einer Klage gesetzlich ermächtigt werden konnte.

In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall erscheint die Vollmachturkunde des Großherzoglichen Staatsanwalts schon

ad I. in sofern mangelhaft, als aus dem allegirten Schreiben des Großherzoglich Hessischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten wenigstens nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit zu entnehmen ist, ob mit dessen Erlassung nur auch die Absicht verbunden war, eine Klage wegen Schmähung und Beleidigung im Sinne des Ehrenkränkungsgesetzes hervorzurufen.

Das vorgelegte Beschwerdeschreiben bezieht sich nämlich in seinem Eingang auf eine Erklärung, welche der Großherzoglich Badische Bundestagsgesandte in der 26. Sitzung der hohen Bundesversammlung vom 24. Juli 1845 im Namen der Großherzoglich Badischen Regierung bezüglich auf die von Seiten des Großherzoglich Hessischen Bundestagsgesandten in der Sitzung vom 17. desselben Monats im Betreff der incriminirten Druckschrift eingelegte Beschwerde abgegeben hat. In dieser Erklärung wird mitgetheilt, es habe die Großherzoglich Badische Regierung bereits von dieser Druckschrift Kenntniß genommen und dem Großherzoglichen Justizministerium das Weitere wegen Erhebung der Klage durch den Staatsanwalt anheim gegeben.

Vergleiche Protocolle der deutschen Bundesversammlung vom Jahr 1845.

Diese Mittheilung konnte, was bei dieser Lage der Sache keiner näheren Ausführung bedarf, nur auf die Erhebung einer rein öffentlichen, einer Criminalklage bezogen werden.

Wenn nun das Beschwerdeschreiben unmittelbar darauf fortfährt:

„Wir überlassen uns der Hoffnung, daß es dem Großherzoglich Badischen Staatsanwalte gelingen werde, seinen Schritten den sehr wünschenswerthen Erfolg zu geben,"

und sodann das Ersuchen stellt, ein strafrechtliches Verfahren einzuleiten, so scheint daraus hervorzugehen, als habe die Großherzoglich Hessische Regierung bei Erlassung dieses Schreibens nur beabsichtigt, dem angekündigten Vorhaben der Großherzoglich Badischen Regierung durch Berufung auf die im Art. 1 des Bundespreßgesetzes von den Bundesregierungen gegenseitig übernommene Verpflichtung einen größeren Nachdruck zu geben, beziehungsweise direct darauf einzuwirken, daß die in Aussicht gestellte Criminalklage um so gewisser werde angestellt und betrieben werden.

Die Motivirung des eben gedachten Ersuchens würde zwar nicht ausschließlich von Momenten hergenommen, welche den Stoff zu einer Criminalklage darbieten würden, sondern auch von solchen, die an und für sich zu einer Klage wegen Ehrenkränkung Veranlassung geben könnten, und so ließe sich etwa behaupten:

„Wenn das Beschwerdeschreiben auch hinsichtlich der Ersteren dem angekündigten Vorhaben der Großherzoglich Badischen Regierung inhärirte, so hat dasselbe doch auch die zweiten zum Gegenstand der Beschwerde gemacht, und weil es der Großherzoglich Badischen Regierung überlassen werden muß, auch diesen Theil der Beschwerde nach Vorschrift der Landesgesetze zur Erledigung zu bringen, so ist damit das erhobene Bedenken vollkommen beseitigt."

Diese Argumentation wäre aber nur alsdann richtig, wenn das Bedenken nicht gerade darin bestünde, ob das Beschwerdeschreiben die Ausfälle gegen im Großherzogthum Hessen bestehende Staatseinrichtungen und die Schmähungen gegen die Großherzoglich Hessischen Behörden als Ehrenkränkung nur wirklich aufgefaßt hatte und als solche bestraft wissen wollte.

Mit ausdrücklichen Worten hat sich das Schreiben darüber nicht erklärt, und da bekanntlich nicht jede Schmähung beleidigt, diese Wirkung der Schmähung vielmehr nur aus der Erklärung des davon Betroffenen mit Sicherheit zu erkennen ist, so bleibt der Zweifel darüber, ob das Großherzoglich Hessische Ministerialschreiben über jene Ausfälle und Schmähungen als über eben so viele Beleidigungen im Sinne des §. 43 des

Badischen Preßgesetzes sich habe beschweren wollen, um so mehr bestehen, als man unter einem strafrechtlichen Verfahren, auf dessen Einleitung das Gesuch gerichtet ist, gemeinhin eine lediglich von Amtswegen zu eröffnende Untersuchung zu verstehen pflegt.

Hievon jedoch abgesehen, oder wenn man annähme, es sei dieser Zweifel durch eine ex officio judiciali zu veranlassende Erläuterung zu verbessern, so käme es doch nicht weiter darauf an, weil sich auch bei Vergleichung der Klage ad II. mit dem übrigen Inhalt des Beschwerdeschreibens und bei Vergleichung der Klage ad III. mit dem §. 43 des Badischen Preßgesetzes herausstellt, daß der Großherzogliche Staatsanwalt zur erhobenen Anklage nicht legitimirt ist.

Ad II. nämlich weicht die Anklage insofern von der Vollmachtsurkunde ab, als diese unter anderem

1) im Namen des Regenten, und

2) gegen den Literaten Dr. Wilhelm Schulz in Zürich erhoben ist, während

ad 1 in dem Großherzoglich Hessischen Ministerialschreiben mit keiner Silbe des Regenten und einer demselben widerfahrenen Beleidigung Erwähnung geschieht,

ad 2 aber das Schreiben ausdrücklich erklärt, es solle das strafrechtliche Verfahren gegen Verfasser und Verleger nur in soweit eingeleitet werden, als dieselben Badische Unterthanen sind.

Da nun die Anklage anerkennt, daß dem Dr. Schulz diese Eigenschaft nicht zukommt, so konnte sie auch gegen diesen nicht angestellt werden.

Von einer Verbesserung der Vollmachtsurkunde kann in diesen beiden Beziehungen um deßwillen die Rede nicht sein, weil der Großherzogliche Staatsanwalt seinen Auftrag nur aus dem gedachten Schreiben ableitet, in dieser Beziehung aber derselbe klar und darum auch einer Erläuterung weder bedürftig noch fähig ist. —

Ad III. die nach gepflogener Untersuchung bei dem Großherzoglichen Hofgerichte erhobene Anklage enthält über das beleidigte Rechtssubject folgendes:

„das Vergehen wird als eine theils gegen sie unmittelbar gerichtete, theils ihr mittelbar in ihren Behörden und deren Vertretern zugefügte Schmähung und Beleidigung der Großherzoglich Hessischen Regierung, und es wird als diese eventuell neben dem Regenten selbst die höchste Großherzoglich Hessische Staats- und Verwaltungsbehörde — das Großherzogliche Staatsministerium mit Einschluß des Regenten bezeichnet.“ —

Die Appellationsrechtfertigungsschrift hinwiederum führt aus, daß das im §. 43 des Badischen Preßgesetzes mit dem Worte „Regierung“ bezeichnete Rechtssubject, für welches der Staatsanwalt Klage zu erheben befugt sei (und für welches er demnach ohne Zweifel die Beschwerde einzuführen beabsichtigt), als die Gesammtheit aller Behörden eines Staates gedacht werden müsse. Läßt man hier, wo es sich nur um die Legitimation des Großherzoglichen Staatsanwalts handelt, die Frage ganz bei Seite, in wieferne eine derartige Aenderung in der Person des beleidigten Subjectes, sowohl in der vor dem Hofgerichte erhobenen Anklage, als wieder in der dahier eingeführten Appellation der Statthaftigkeit der einen wie der andern im Wege steht; läßt man eben so unentschieden, nach welcher dieser verschiedenen Definitionen über das Substrat der Beleidigung die Klage zu beurtheilen sein würde, so ist, wenn man Alles zusammen nimmt,

1) wegen Beleidigung des Regenten,

2) wegen Beleidigung des Großherzoglich Hessischen Staatsministeriums mit Einschluß des Regenten, und

3) wegen Beleidigung der Gesammtheit aller Großherzoglich Hessischen Staatsbehörden geklagt — resp. Beschwerde erhoben.

Daß der Großherzogliche Staatsanwalt zu der ad 1 erhobenen Klage nicht ermächtigt ist, wurde schon ad II. 1 erwähnt.

Was sodann die Klage ad 2 und 3 betrifft, so tritt dabei der oben sub Nr. III. gedachte Fall ein, wornach der Großherzogliche Staatsanwalt — abgesehen von dem Inhalte seiner Vollmacht — auch alsdann nicht als legitimirt erscheint, wenn die von ihm erhobene Klage keine klagberechtigte Persönlichkeit zum Gegenstande hat.

Der §. 43 des Badischen Preßgesetzes, indem er den Staatsanwalt ermächtigt, auf erhobene Beschwerde im Namen einer auswärtigen Regierung klagend aufzutreten, gestattet deßhalb noch nicht, sich unter dem Begriff „Regierung“ jede beliebige Vorstellung zu machen, sich eine — irgendwie zusammengesetzte — Persönlichkeit als solche zu construiren, sondern es muß das von ihm als beleidigt dargestellte Subject im Sinne des Gesetzes als darunter begriffen gelten können. (Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe, den 27. März 1847.

I.

Großherzoglich Badisches Oberhofgericht.

Urtheil

in Anklag-Sachen des Großherzoglichen Staatsanwalts, Anklägers, Appellanten,

gegen

den Hofrath und Professor Dr. C. Th. Welcker zu Heidelberg, den Literaten Dr. Wilhelm Schulz in Zürich und eventuell den Buchhändler A. Knittel in Karlsruhe, Angeklagte, Appellaten.

(Schluß).

Wirft man nun die Frage auf, welchen Sinn der §. 43 des Badischen Preßgesetzes mit dem Worte: „Regierung" verbunden hat, so bieten sich in deren Beantwortung zwar einige Schwierigkeiten dar, die eben deßhalb schon zu ganz verschiedenen Auslegungen geführt haben, indem jenes Wort einer mehrfachen Deutung fähig ist, und die Verhandlungen in den landständischen Kammern, von deren zweiter die ganze Bestimmung ausging, sich direkt nicht darüber aussprechen.

Es kömmt daher im vorliegenden Falle nicht einmal darauf an, diesen Sinn positiv festzustellen, sondern es genügt an der Nachweisung, daß die ad II. und III. aufgestellten Substrate der Beleidigung unter den gesetzlichen Begriff „Regierung" jedenfalls nicht subsumirt werden können.

Mag man nämlich dem §. 43 des Preßgesetzes eine Deutung geben, welche man will, so ist doch soviel gewiß, daß er über das Recht auf Ehre und das damit verbundene Klagrecht eines angeblich Beleidigten überhaupt, insbesondere darüber nichts bestimmen wollte, wer jeweils als klagberechtigte Person zu betrachten sei; daß er dieses vielmehr als anderwärts außer Zweifel gestellt voraussetzt, und nur darüber Vorschrift giebt, wann und unter welchen Bedingungen der Staatsanwalt dabei thätig einzuschreiten habe.

In dem §. 43 des Badischen Preßgesetzes kann daher keine von den sonst bestehenden Rechtsgrundsätzen abweichende neue Begriffsbestimmung über das Wesen einer klagberechtigten Persönlichkeit gesucht und gefunden werden.

Nun ist bekanntlich eine Gemeinheit (universitas, collegium etc. etc.) eine zu einem immerwährenden Zwecke verbundene Mehrheit von physischen Personen. Es widerspricht daher diesem Begriffe, mehrere juristische Personen zusammen als ein und dasselbe Rechtssubject zu denken. Es könnte dieses nicht anders, als mit gleichzeitiger Aufhebung des — einer jeden derselben zustehenden — besonderen Rechts der Persönlichkeit geschehen.

In so ferne daher

ad II. das Großherzoglich Hessische Staatsministerium mit dem Regenten zusammen als ein einziges beleidigtes Rechtssubject unter der gemeinschaftlichen Benennung „Regierung" bezeichnet wird, müßte sich behaupten lassen, daß beide juristische Personen, als welche sie jedoch — der Regent für sich, das Staatsministerium als Collegium — anerkannt werden müssen, mindestens bei gewissen Aeußerungen ihrer Thätigkeit — jede ihre besondere Persönlichkeit aufgegeben hätten und, um zu dieser Behauptung zu gelangen, müßte, weil gerade darin die fingirte Einheit der moralischen Person beruht, die Einheit des Zwecks dabei nachgewiesen werden können. Allein schon der Regent, indem er jeweils den Berathungen des Staatsministeriums beiwohnt, giebt dadurch seine von der des genannten Staatskörpers gesonderte juristische Persönlichkeit so wenig auf, als es gewiß ist, daß er während

dieses nur äußern Zusammenseins nicht zum Mitgliede dieses Collegiums herabsinkt, als ferner der Zweck beider deßhalb stets getrennt bleibender Rechtssubjecte dabei ein durchaus verschiedener ist, der des Staatsministeriums nämlich: „die vor dasselbe gebrachten Angelegenheiten zu berathen," jener des Regenten aber „über dieselben zu beschließen." Eben so wenig löst sich das Staatsministerium in dem Augenblick, als der Regent zu dessen Berathung hinzutritt, als Solches auf, um sich mit Einschluß des Regenten zu einem neuen Collegium umzugestalten.

In gleicher Weise verhält es sich, wenn ad III. das beleidigte Rechtssubject als die Gesammtheit aller Behörden des Großherzogthums Hessen definirt wird. In keiner ihrer Functionen geben die Behörden eines Landes jede den ihr angewiesenen Wirkungskreis (Zweck) auf, um einen davon ganz verschiedenen — ihrer gesetzlichen Bestimmung fremden — Zweck gemeinschaftlich zu erreichen.

Es ist daher sowohl ad II. als ad III. die Annahme rechtlich unmöglich, als habe das Badische Preßgesetz im §. 43 eine solche Combination und Umbildung verschiedener juristischer Personen, wie sie hier versucht wurde, zu einem einzigen Rechtssubjecte gestatten, beziehungsweise selbst vornehmen und dasselbe mit dem Namen „Regierung" bezeichnen wollen.

Der klagende Großherzogliche Staatsanwalt hat zur Nachweisung seiner Legitimation wohl auch noch folgendes geltend gemacht:

> „Mehr, als daß sich die Großherzoglich Hessische Regierung in ihrem Requisitionsschreiben gegen die in der fraglichen Schrift enthaltenen beleidigenden Ausfälle — wie geschehen — beschwere, und daß dieses Schreiben dem Staatsanwalte durch das Großherzogliche Justizministerium zuging, bedürfe letzterer nach §. 1 des Bundespreßgesetzes und nach §. 43 des Badischen Preßgesetzes zur Klagerhebung nicht, denn er erhalte seine Instruction nicht etwa durch die beleidigte auswärtige Regierung, sondern durch das Großherzogliche Justizministerium, in dessen Auftrag nach den bundesgesetzlichen Bestimmungen die Klage erhoben werden müsse, nicht die auswärtige, sondern die inländische Regierung trete daher — veranlaßt durch Beschwerde der auswärtigen Regierung — in der durch jene Gesetze vorgezeichneten Weise als Klägerin auf."

Hiergegen aber ist vor Allem zu bemerken:

1) daß jedenfalls die Erörterungen ad III. hievon nicht betroffen werden, weil dieselben auf Gründen beruhen, die außer dem Bereich der Vollmacht resp. des Beschwerdeschreibens liegen.

Im Uebrigen läßt sich

2) die aufgestellte Behauptung am allerwenigsten durch Berufung auf §. 43 des Badischen Gesetzes rechtfertigen.

Die Commission der zweiten Landständischen Kammer, aus welcher der hieher bezügliche Theil dieses Paragraphen hervorging, hat ihren deßfallsigen Antrag mit der Erklärung begründet:

> „das freundschaftliche Verhältniß unserer Regierung mit andern Regierungen, und die Achtung, die man fremden Staaten schuldig sei, forderten es, daß bei den durch die Presse verübten Beleidigungen auf ihre jeweilige Beschwerde der Staatsanwalt für sie einschreite, und sie nicht gehalten seien, zur gerichtlichen Verfolgung der Sache hierlands selbst einen Anwalt aufzustellen."

Auf diese Begründung hin wurde der Antrag von den drei Factoren der Gesetzgebung angenommen, und befindet sich dieselbe in direktem Widerspruch mit der Behauptung des klagenden Staatsanwalts.

Was endlich

3) den §. 1 des Bundespreßgesetzes betrifft, so mußte es als eine irrige Auslegung desselben bezeichnet werden, daß die inländische Regierung durch die an sie gelangte Requisition, weil sie dieselbe hiernach in ihrem eigenen Namen erledigen lassen soll, in dem hier behaupteten Sinn die Klage erheben zu lassen, verpflichtet und resp. berechtigt sei; denn wäre dem so, alsdann müßte sie dadurch auch Herr des Processes geworden und der beleidigten Regierung von da an alle Verfügungsgewalt darüber entzogen sein. Weder das eine noch das andere wäre eine zulässige Unterstellung; jenes nicht, weil nach bekannten Grundsätzen das Recht, eine persönliche Beleidigung klagend zu verfolgen, auf einen Dritten nicht übertragen werden, deßhalb auch schon gar nicht angenommen werden kann, es habe das Bundesgesetz etwas dem Entgegenstehendes anordnen wollen; dieses nicht, weil, wenn man die requirirte Regierung, resp. den Staatsanwalt für etwas Anderes, als den Geschäftsführer der auswärtigen Regierung betrachten wollte, es diesem

auch verstattet sein müßte, selbst gegen die Intention der sich beschwerenden Regierung nicht nur statt einer öffentlichen, eine Privatklage zu erheben, dabei ganz beliebige Rechtssubjecte als beleidigt hinzustellen und beliebige Personen als Beklagte zu verfolgen, sondern auch solche Stellen einer Druckschrift zum Gegenstande einer Klage zu machen, welche die requirirende Regierung gar nicht als beleidigend betrachtet hatte, was Alles mit nur einigem Grunde in die Absicht des Bundespreßgesetzes nicht gelegt werden kann.

Möchte es sich übrigens, wie immer, damit verhalten, so enthält doch der gedachte §. 1 des Bundespreßgesetzes die ausdrückliche Vorschrift, es sollen solche Beschwerden nach den landesgesetzlichen Formen erledigt werden. Hierzu gehört sicher der §. 43 des Badischen Preßgesetzes, in so ferne er die Bedingung festsetzt, unter welcher der Staatsanwalt bei Beleidigungen gegen auswärtige Regenten und Regierungen klagend auftreten darf. Diese bestehen aber nach dem, was oben im Eingang ausgeführt worden, unter Anderem gerade in der Vorlage einer den Staatsanwalt zu der von ihm erhobenen Klage in allen Beziehungen legitimirenden Vollmacht.

Die Ueberschreitung der durch sie gezogenen Grenzen des Auftrages konnte daher auch nicht durch Berufung auf das Bundespreßgesetz gerechtfertigt, oder die Vollmacht überhaupt für überflüssig erklärt werden.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

II.

1) Findet die Aufforderung zur Klage im Falle des §. 762 der Proceßordnung auch dann statt, wenn die behaupteten oder ausgestreuten Ansprüche noch nicht verfallen sind?

2) Ist der Einrede der Wahrheit des Anspruchs im Aufforderungsverfahren Folge zu geben?

3) Wer hat die Kosten der Aufforderung zu tragen?

Vgl. Annalen 1846. Nr. 34. S. 273, 274.

Aaron Str. hatte in der gegen ihn wegen Betrugs geführten Untersuchung behauptet, Johann H . . . schulde ihm eine Darleihe von 550 fl.

Der angebliche Schuldner reichte nun eine Aufforderung zur Klage gegen den angeblichen Gläubiger ein, welcher jedoch die Statthaftigkeit der Aufforderung deßhalb bestritt, weil er einen betagten Anspruch behauptet habe und dieser auch begründet sei. Beides wurde von dem Auffordernden bestritten. Der Unterrichter wies hierauf das Gesuch durch eine mit Gründen versehene Verfügung als zur Zeit nicht stattfindend ab, weil es vor der Verfallzeit der Forderung eingereicht worden sei.

Auf die Appellation des Auffordernden erkannte jedoch das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Sen.) abändernd,

> der Aufgeforderte sei schuldig, innerhalb vier Wochen, bei Vermeidung der Erlöschung seines Klagrechts, Klage — sofern solche noch nicht angestellt sein sollte*) — gegen den Aufforderer auf das gerühmte Darlehen von 550 fl. zu erheben und die Kosten beider Instanzen — mit Ausnahme der Kosten des Klagvortrags — zu tragen, welche dem in der Hauptsache unterliegenden Theile zur Last bleiben.

Dieses Urtheil wurde, wie folgt, begründet.

Schon die gemeinrechtliche Praxis — die Quelle unserer Proceßordnung in dieser Lehre — nahm bei der Aufforderung zur Klage wegen angeblicher Ansprüche (provocatio ex lege diffamari) das Erforderniß des Berühmens nicht im strengen Sinne, so daß sie Dasselbe sogar dann als vorhanden ansah, wenn sich Jemand unter vier Augen, oder in einem Briefe ein Recht anmaßte.

Bayer. Theorie der summarischen Processe. S. 128 vor und in Note 6.

Unsere Proceßordnung geht aber in §. 762 noch weiter, indem sie — den Begriff des Berühmens ganz aufgebend — in gleicher Weise die Behauptung und das Ausstreuen von Ansprüchen für genügend erklärt, um die Aufforderung zur Klage darauf zu bauen.

Wenn daher die vorliegende Klage sich darauf stützt, Beklagter habe in einer gegen ihn geführten Untersuchung behauptet, daß ihm der Kläger ein Darlehen von 550 fl. schulde, so muß dies für eine Diffamation im Sinne des §. 762 der Proceßordnung erachtet werden, da diese Gesetzesstelle ebensowenig auf die Veranlassung,

---

*) Der Provocat behauptete nämlich in zweiter Instanz, er habe die Klage in der Hauptsache bereits erhoben! D. E.

als auf die Art und Weise der Behauptung Gewicht legt. Es muß dies um so mehr angenommen werden, als der Beklagte seinem Zugeständnisse dieses Klaggrunds beifügte, daß er diesen Anspruch noch jetzt behaupte.

Vgl. J. B. n. F. VIII. p. 534.

Da durch dieses Zugeständniß nun auch der Klaggrund bewiesen ist, so erscheint die Klage als begründet.

Beklagter hielt derselben zwar entgegen, er habe einen noch nicht fälligen — mithin nicht klagbaren — Anspruch behauptet, weßhalb er auch nicht zur Klage genöthigt werden könne. Allein dieser Einwand ist schon um deßwillen verwerflich, weil das Gesetz (Proceßordnung §. 762) nicht zwischen fälligen und betagten Forderungen unterscheidet, mithin auch die Auslegung eine derartige Unterscheidung sich nicht erlauben darf. Dazu kommt aber noch, daß dieselbe dem Zwecke des Gesetzes zuwiderläuft; denn dasselbe will die Betheiligten gegen unbefugte Prahlerei und Verminderung ihres Credits sichern, und dies würde vereitelt, wenn man Jedem, welcher nur eine Bedingung oder ein Zahlungsziel beifügt, gestatten wollte, sich beliebiger Ansprüche zu rühmen, da derartige Diffamationen ebenso lästig und nachtheilig sind, als die übrigen. Ferner liegt in der Anstellung der Provocationsklage nothwendig ein Verzicht des Aufforderers auf die Einrede, welche ihm kraft des Ziels oder der Bedingung gegen die sofortige Geltendmachung des betreffenden Anspruchs zusteht. Denn es widerspräche der gesunden Vernunft, wenn man annähme, der Aufforderer wolle auf der einen Seite den Diffamanten zur Klage zwingen und auf der andern Seite ihm diese unmöglich machen. — Nur auf die Vollstreckung des Urtheils in der Hauptsache wird daher die Bedingung oder das Zahlungsziel Wirkung haben. Dies ist auch die Ansicht der gemeinrechtlichen Proceßlehrer.

Bayer, a. a. O. S. 132, Note 17.
Mittermaier, der g. d. bürgerliche Proceß ꝛc. Beitrag IV. S. 260 vor Note 56, 57.

Wenn der Beklagte noch einwendet, der von ihm behauptete Anspruch sei in der That begründet, so kann dies in diesem Rechtsstreite nicht berücksichtigt werden. Denn die Aufforderung bezweckt gerade, den Aufgeforderten zu nöthigen, daß er die bestrittene Wahrheit seiner Behauptung in einem gesonderten, durch Klagerhebung einzuleitenden, Verfahren darthue. Dorthin gehört also der Beweis der Wahrheit; dem Aufforderungsverfahren dagegen muß er fremd bleiben, weil es jenen Zweck nur vorbereiten soll.

Der Kläger ist demnach durch das ihm zur Zeit abweisende amtliche Erkenntniß beschwert.

Dieses Erkenntniß ist zwar in der Form einer Verfügung (Ladungsversagung) ergangen; da ihm jedoch Verhandlungen vorausgingen und es seinem Wesen nach ein Enderkenntniß im Sinne des §. 768 der Proceßordnung ist — das Wesen aber allein die Natur eines Erkenntnisses bestimmt, so war gemäß Proceßordnung §. 1223 in dieser Instanz das Endurtheil zu erlassen.

Ueber den Kostenpunkt entscheidet §. 168, 169 der Proceßordnung und die Rücksicht, daß der Aufgeforderte, wenn er dereinst in der Hauptsache obsiegt, zu der fraglichen Diffamation berechtigt war, mithin die Kosten, welche durch die darauf gebaute Klage entstanden, nicht veranlaßt hat, während sein unbegründeter Widerstand gegen die Aufforderung die einzige Ursache der weiteren Kosten war.

Aus diesen Gründen und in Betracht, daß die Verurtheilung zur Klagerhebung zwecklos ist, sofern der Beklagte, wie er nachträglich behauptet, die Klage bereits angestellt hat, wurde, wie geschehen, erkannt.

Hiergegen wurde das Rechtsmittel der Oberappellation eingelegt; allein das Großherzogliche Oberhofgericht (I. Senat) bestätigte das hofgerichtliche Erkenntniß durch Urtheil vom 13. December 1846. Nr. 5600, — und zwar:

In Erwägung, daß der §. 762 der Proceßordnung eine Aufforderung zur Klage allgemein und ohne alle Beschränkung wider Denjenigen gestattet, der mündlich oder schriftlich behauptet oder ausstreut, bestimmte Ansprüche gegen den Aufgeforderten zu haben, welche dieser nicht anerkennt; wobei weder zwischen gegenwärtigen und zukünftigen, bereits fälligen und betagten Ansprüchen unterschieden, noch die Statthaftigkeit der Aufforderung von einer besonderen Beschaffenheit der Umstände oder der Eigenschaft der Personen, durch welche der Aufgeforderte zu seiner Behauptung oder Ausstreuung veranlaßt worden sein mag, abhängig gemacht wird.

In Erwägung, daß sich darum auch der Richter nicht zu einer solchen Unterscheidung und beschränkenden Aus-

legung des Gesetzes gegen seinen Wortlaut, und zwar um so weniger berechtiget finden darf, als hiedurch der Zweck des Gesetzgebers, welcher in der gestatteten Aufforderung zur gerichtlichen Klage dem Betheiligten ein Mittel gewähren wollte, den unter allen Voraussetzungen und Umständen gleichmäßig zu besorgenden nachtheiligen Folgen derartiger Behauptungen und Ausstreuungen von Seite eines angeblichen Gläubigers mit Erfolg zu begegnen, im einzelnen Falle geradezu vereitelt werden würde, — das bei betagten Forderungen der sofortigen Anstellung der Hauptklage entgegenstehende rechtliche Hinderniß aber durch die erhobene Aufforderungsklage selbst schon beseitigt wird, welche einen Verzicht des Provocanten auf seine deßfallsigen Rechte und Einreden gegen die Statthaftigkeit der Hauptklage hinsichtlich der Zeit ihrer Anstellung enthält.

In Erwägung, daß demnach die vorliegende Aufforderungsklage durch die von dem Provocanten zugestandenermaßen vor dem Bezirksamte S. bei einem früheren Anlaß aufgestellte Behauptung, er habe auf einen Schuldschein d. d. 26. Januar 1855 an den Provocanten eine Forderung von 550 fl., welche nach einem Jahre, von Ausstellung der Schuldurkunde an gerechnet, fällig werde, als begründet, der Umstand aber, daß die gedachte Aeußerung von dem Provocanten nicht aus freiem Antriebe, sondern nur auf vorhergegangenes richterliches Befragen in Folge einer gegen ihn eingeleiteten, angeblich von dem Provocanten selbst veranlaßten, Criminaluntersuchung gemacht wurde, eben so wie die rechtliche Natur der behaupteten, erst nach Verlauf eines gewissen Zeitraumes zahlbaren Forderung als unerheblich erscheint;

In Erwägung, daß die beklagter Seits noch vorgeschützte Einrede der Wahrheit der behaupteten Forderung nicht in dem gegenwärtigen Verfahren, wo es für die Entscheidung genügt, daß die fragliche Forderung von dem Provocanten widersprochen ist, sondern nur in dem Hauptstreite ausgetragen werden kann, welcher durch die erhobene Provocationsklage vorerst herbeigeführt werden sollte; —

Nach Ansicht der §§. 169 und 170 der Proceßordnung, in welchen das Erkenntniß über die Kosten, soweit solche dem Provocanten jetzt schon unbedingt zugeschieden worden sind, seine Rechtfertigung findet. Stempf.

III.

Oberhofgericht.

1) Das Handzeichen (†) gilt bei den des Schreibens Unkundigen für Unterschrift.

2) Die Legalisation des Bürgermeisters hat nur in jenen Fällen die Kraft einer öffentlichen Urkunde, welche nach dem Gesetze (Gemeindeordnung **T. III. C. 1** und Organisationsedict von 1809 lit. **B 7**) in seinen dienstlichen Wirkungskreis gehören. *)

(Glöckler gegen Stadler.)

I. Aufsatz.

Die unter 1 berührte Frage wurde bis in die jüngste Zeit bald in diesem, bald in jenem Sinne entschieden. In Frankreich neigt man sich mehr zur Verneinung der Frage hin. Auch Zachariä (IV. 439 Nr. 4) huldigt dieser Ansicht. In einer von *Sirey* (VII. 249) mitgetheilten Entscheidung des französischen Cassationshofes in diesem Sinne wird für dieselbe angeführt, daß irgend eine Schrift nöthig, ein Handzeichen (†) aber keine solche sei, und daß deßhalb auch keine Schriftvergleichung möglich sei. Der letztere Grund hat schon in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern Jahrg. VII. S. 108 seine Würdigung gefunden; in wie fern der erste Grund, daß nämlich ein Handzeichen niemals als eine Schrift betrachtet werden könne, richtig sei, wird sich aus nachfolgenden oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ergeben.

In einem Fall in Hohnhorst's Jahrbücher Jahrg. VII. S. 156 wurde die Streitfrage affirmativ entschieden. Die Jahrbücher neue Folge theilen in Jahrg. V. S. 228 eine Entscheidung des oberhofgerichtlichen I. Senats im entgegengesetzten Sinne mit. Im VII. Jahrgang S. 99 f. dagegen ist abermals eine affirmative Entscheidung des oberhofgerichtlichen I. Senats mitgetheilt und seitdem erfolgte außer dem im Eingang genannten Falle zweimal die gleiche Entscheidung dieses Senats unterm 15. November 1843 und 16. Juli 1844 (in Sachen Knöpfle

*) Ueber den nämlichen Rechtsfall kamen der Redaction zwei Mittheilungen zu, welche hier auf einander folgen. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe sind, um deren Wiederholung zu vermeiden, nur dem zweiten Aufsatze beigefügt. D. R.

gegen Gebhard), ohne daß eine gegentheilige Entscheidung dieses Senats aus dem gedachten Zeitraume bekannt ist. Dagegen hat der oberhofgerichtliche I. Senat gleichzeitig in mehreren Fällen im entgegengesetzten Sinne erkannt (s. Jahrbücher VII. S. 99). *)

Das Thatsächliche des hier mitzutheilenden Falles besteht darin:

Susanne Happeler, die nicht schreiben konnte, hatte mit einem ihrer nächsten Verwandten (dem Beklagten) einen Uebergabsvertrag geschlossen, wornach der Uebernehmer der Uebergeberin noch 1000 fl., die einstweilen verzinslich stehen bleiben, bezahlen sollte. Nach deren Tod klagten die beiden andern mit dem Beklagten gleichberechtigten Erbstollen ihre Betreffnisse (zwei Drittel) an den 1000 fl. gegen ihren Miterben, den Beklagten ein. Von dem einen Stollen trat indessen im Laufe des Processes ein Interessent zurück (daher die Summe von 266 fl. 40 kr. statt 333 fl. 20 kr. gleich einem Drittel im Urtheil).

Der Beklagte producirte zum Beweis seiner Einrede der Zahlung eine Quittung vom 1. Mai 1840 für die ganze Klagsumme; die Quittung war jedoch von der Erblasserin nicht geschrieben und auch nicht mit Namensschrift unterzeichnet, sondern bloß mit Handzeichen (drei Kreuzen) unterschrieben und mit der Beglaubigung des Bürgermeisters, nebst Amtssiegel versehen. Die Kläger bestritten die Aechtheit, und der Beklagte suchte diese durch Berufung auf die unterhalb der Quittung beigefügte Beurkundung des Bürgermeisters und zugleich durch Vorschlag des letzteren als Zeugen zu erweisen. Nebstdem wurde noch ein zweiter Zeuge vorgeschlagen, welcher über Vorgänge aussagen sollte, aus welchen Zahlungen des Beklagten an die Erblasserin abgeleitet wurden. Diesem Zeugen wurde der Landrechtsatz 1341 entgegengehalten. Eventuell schob der Beklagte den Klägern den Nichtwissenheitseid zu, falls nicht auf seinen Erfüllungseid erkannt werden sollte.

Das Amt erkannte auf den Erfüllungseid. Das Hofgericht des Seekreises legte dem Handzeichen keinen Werth bei und erkannte deßhalb abändernd auf den zugeschobenen Haupteid.

Hiergegen ergriff der Beklagte die Oberappellation, in Folge welcher vom Großherzoglichen Oberhofgerichte das Erkenntniß des Unterrichters in folgender Weise wiederhergestellt wurde:

„Der Beklagte hat rc. den Erfüllungseid dahin abzuleisten:

Es ist wahr und ich habe gesehen, daß die verstorbene Wittwe Susanne Happeler von Engelwies die Urkunde d. d. Engelwies den 1. Mai 1840 (p. 55 d. A. A.) mit dem darauf befindlichen dreifachen Kreuze (†††) unterzeichnet hat.

Schwört Beklagter diesen Eid, so sollen die Kläger unter Verfällung in die Kosten sämmtlicher Rechtszüge mit der erhobenen Klage abgewiesen werden.

Schwört dagegen Beklagter diesen Eid nicht, so soll derselbe für schuldig erkannt werden, den Klägern ihre Betreffnisse mit 333 fl. 20 kr. und 266 fl. 40 kr. nebst Zinsen à fünf Procent vom 1. März 1840 an binnen 14 Tagen zu bezahlen und die Kosten sämmtlicher Rechtszüge zu tragen."

B. R. W.

(Auf den eventuell zugeschobenen Haupteid konnte bei Erlassung dieses Urtheils keine Rücksicht genommen werden, weil der Beklagte in zweiter und dritter Instanz lediglich um Wiederherstellung des amtlichen Erkenntnisses gebeten hatte, welches freilich nach den Anträgen des Beklagten für den Fall seines Nichtschwörens noch auf den zugeschobenen Nichtwissenheitseid hätte erkennen sollen.) Dr. Zentner.

II. Aufsatz.

Der Beklagte hatte die Einrede der Zahlung vorgeschützt und durch eine Privaturkunde zu beweisen versucht, welche statt mit der Namensunterschrift mit dem Handzeichen der klägerischen Erblasserin (drei Kreuzen) versehen, deren Aechtheit von dem Bürgermeister beglaubigt war. Der als Zeuge vernommene Bürgermeister bestätigte, daß der Beklagte mit der Erblasserin der Kläger zu ihm gekommen und ihm die Urkunde mit dem Begehren vorgelegt habe, dieselbe zu

---

*) Der eine der beiden daselbst allegirten Fälle (der Testamentsfall VI. S. 435) gehört jedoch eigentlich nicht hierher, indem der Gesetzgeber bei öffentlichen Testamenten in S. 973 ausdrücklich ausgesprochen hat, daß ein Handzeichen nicht genüge, daß vielmehr im Falle der Unkunde im Schreiben wie bei mangelnden Kräften der Verhinderungsursache ausdrücklich in der Urkunde gedacht werden müsse. An einer solchen Vorschrift fehlt es gerade in den Fällen der in Frage stehenden Art und die Frage ist eben die: ob da, wo eine ausdrückliche verbietende Vorschrift mangelt, dasselbe gelte, wie da, wo eine solche vorhanden ist? D. E.

beglaubigen, was er um so bereitwilliger gethan, als die Wittwe Happeler vorher schon öfter zu ihm gekommen und Urkunden, mit ihrem Handzeichen versehen, habe beglaubigen lassen, ihm dieses Handzeichen auch bekannt gewesen. Der Richter erster Instanz erkannte auf Notheid des Beklagten. Das Großherzogliche Hofgericht des Seekreises aber auf einen von den klagenden Erben zu leistenden Nichtwisseneid. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe waren folgende:

Ein Handzeichen kann in der Regel die Stelle einer Namensunterschrift oder eines von Manchen dafür gebrauchten Handzuges nicht vertreten, denn die L.R.SS. 1322—1326 kennen keine Privaturkunden, die nicht wenigstens mit der Unterschrift des Ausstellers versehen wären. Ebenso weiß die Proceßordnung in den §§. 433, 435, 439, 444—447 von keinen andern Privaturkunden, als von solchen, die von der Hand ihres angeblichen Ausstellers durchaus geschrieben oder wenigstens unterschrieben sind; es genügt daher keineswegs, daß irgend ein Zeichen oder daß ein oder mehrere Kreuze auf das Papier gesetzt werden. Wenn aber auch der Umstand als rechtlich erheblich angesehen werden wollte, ob die Ausstellerin der Urkunde diese Art von Unterschrift gewöhnlich bei Ausstellung von Urkunden zur Bekräftigung ihres Inhalts gebraucht habe und wenn auch nach §. 444 der Proceßordnung zum Beweise der Aechtheit jedes Beweismittel, insbesondere der Zeugenbeweis zulässig ist, so ist derselbe doch unerheblich, weil aus der Vernehmung des Bürgermeisters hervorgeht, daß die Wittwe H. das Handzeichen nicht in seiner Gegenwart gemacht hat, somit unerwiesen ist, daß gerade das ihm vorgelegte von der angegebenen Ausstellerin herrühre.

Auf die vom Beklagten ergriffene Oberberufung erkannte das Großherzogliche Oberhofgericht auf einen vom Beklagten dahin zu leistenden Notheid, daß er gesehen, wie die Wittwe H. die Urkunde mit ihrem Handzeichen versehen habe.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nur über den Beweis der vom Beklagten behaupteten Zahlung und beziehungsweise den Werth der Quittung vom 1. Mai 1840 herrscht noch Streit, da die Kläger ihr, weil sie bloß mit einem (dreifachen) Kreuze, statt dem Namen der angeblichen Ausstellerin — unterzeichnet ist, alle Beweiskraft absprechen, welche Ansicht auch von dem Großherzoglichen Hofgericht adoptirt wurde, während dagegen der Beklagte darin wenigstens den Anfang eines schriftlichen Beweises findet, welcher durch seinen Erfüllungseid vervollständigt werden soll.

Es fehlt zwar nicht an gewichtigen Autoritäten für die erstere Ansicht; gleichwohl muß der letzteren der Vorzug eingeräumt werden. Indem das Gesetz zu einer beweisenden Privaturkunde die Unterschrift oder Unterzeichnung (signature, acte sous seing privé) des Ausstellers fordert — L.R.SS. 1322 und 1323, — nicht aber die Namensunterschrift, hat es deutlich ausgesprochen, daß ihm diejenige Art der Unterzeichnung genüge, deren sich der Aussteller gewöhnlich bedient, um seine Willenserklärung durch Schrift oder Urkunde im weiteren Sinne kund zu geben. Es ist dies auch um so natürlicher, als es nach der Absicht des Gesetzes ja nur darauf ankommt, in dem urkundlichen Beweise ein äußeres Zeichen des Willens (der Einwilligung) der Parteien zu erhalten. Daß auch die Proceßordnung nichts Anderes bestimmt habe und bestimmen wollte, erhellt aus den von ihr — ähnlich, wie im Landrechte, — gebrauchten allgemeinen Ausdrücken: „Unterschrift ausstellen," „von der Hand herrühren," — welche mit dem Ausdrucke „Handschrift" vermischt vorkommen.

Vergl. die §§. 433—435, 439, 444, 445 u. a. m.

Hätte der Gesetzgeber die beweisende Form der Unterschrift auf die Namensunterschrift beschränken wollen, so würde er gewiß diese schlechthin vorgeschrieben haben, statt sich der wechselnden allgemeinen Bezeichnungen zu bedienen.

Da nun aber herkömmlich ein Kreuz, — sei es einfach oder mehrfach — bei denjenigen Personen, welche des Schreibens unkundig sind, dasjenige Zeichen ist, womit die Zustimmung zu der vorangesetzten Urkunde zu erkennen gegeben wird, und die Wittwe Susanne Happeler unbestritten zu diesen Personen gehörte, so muß auch die vorliegende Quittung vom 1. Mai 1840 als gültige Privaturkunde derselben betrachtet werden, so wie nur in Gewißheit gesetzt ist, daß das Handzeichen von ihr herrührt.

Vergl. Hohnhorst's Jahrbücher des Oberhofgerichts, Band VII. S. 156, und N. F., Band VII, S. 99.

Daß aber das unter der fraglichen Quittung stehende Handzeichen wirklich von Susanne Happeler herrühre, ist durch die Aussage des Zeugen, Bürgermeisters Müller, bekräftigt. Zwar kann seine Beurkundung mit dem

angewendeten Dienstsiegel an sich den Beweis der Richtigkeit des Beurkundeten nicht liefern, weil dem Bürgermeister in derartigen Geschäften kein Beurkundungsrecht zusteht. Seine Abhör als Zeuge konnte aber nach §. 444 der Proceßordnung keinem Anstande unterliegen. Hat er auch, seiner Aussage zufolge, nicht selbst gesehen, wie die Susanne Happeler das Handzeichen unter die Quittung gesetzt hat, so ist darum der Inhalt seines Zeugnisses nicht weniger von Gewicht, weil daraus hervorgeht, daß dieselbe mit dem Beklagten zu ihm, dem Zeugen, kam, und ihm die schon mit dem Handzeichen versehene Urkunde zur Beglaubigung übergab, folglich anzunehmen ist, daß das Handzeichen von ihr herrühre, oder, was in der Wirkung gleich wäre, mit ihrem Wissen und Willen als das Ihrige unter die Schrift gesetzt worden sei, wobei noch in Betracht kommt, daß der Zeuge beifügt, daß die Ausstellerin öfters schon in gleicher Weise ihm mit ihrem Handzeichen versehene Urkunden zur Beglaubigung überbracht habe. Diese Deposition erscheint um so gewichtiger, als der Zeuge bei der Recognition der Urkunde, die er außer der sonstigen Beschaffenheit an seiner Legalisation erkannte, nicht wohl einer Täuschung unterworfen sein konnte. Dadurch ist, wenn man den gleichfalls günstigen Inhalt des weiteren Zeugnisses des Anton Büchsler, da solcher sich nicht über die Aechtheit der Urkunde, sondern über andere, für die Zahlung sprechende, Umstände verbreitet, auch nicht in Betracht ziehen will, immerhin so viel Beweis für die Aechtheit der Urkunde geliefert, daß nach Maßgabe des L.R.S. 1367 und der §§. 634 und 635 der Proceßordnung auf den Notheid zu erkennen ist, und zwar auf den Erfüllungseid des Beklagten, weil er nicht allein behauptet, die Ausstellerin das Zeichen beisetzen gesehen zu haben, sondern dies durch die Aussage des Zeugen Müller auch wahrscheinlich gemacht ist, so daß also von ihm die Wahrheit eher zu erwarten ist, als von den Rechtsnachfolgern der Ausstellerin, die nur den Nichtwissenheitseid schwören könnten. v. Soiron.

IV.

Entscheidungen französischer Gerichte in Wechselsachen.

Wechselzuschreibung zur Sicherheit für eine Schuld. Nantissement.

Die Franzosen verstehen bekanntlich unter Nantissement die Einhändigung einer Sache zur Sicherheit für eine Schuld; der code civil handelt in den Art. 2071 und 2072 von diesem Vertrag, und erkennt zwei Arten desselben, das Faustpfand (gage) und das Nutzpfand (antichrèse). Nach Art. 2075 können auch Forderungen zu Faustpfand gegeben werden; doch muß in diesem Fall der Schuldner davon in Kenntniß gesetzt werden, was bei den Franzosen durch Akt des huissier, bei uns nach Analogie des Art. 1690 durch eine öffentliche Urkunde geschehen muß. Ist diese Förmlichkeit auch bei Handelsgeschäften zu beobachten? Nach dem französischen Text des Art. 2084 sollte man glauben, sowohl diese Förmlichkeit, wie auch die in Art. 2074 vorgeschriebene sei in Handelsgeschäften nicht nothwendig. Aber der Gerichtsgebrauch hat sich dahin festgestellt, daß die Vorschriften des Civilgesetzbuchs über Faustpfänder auch auf Handelsgeschäfte anwendbar sind, soweit das Handelsgesetzbuch keine Ausnahmen enthält. So hat auch Brauer den Art. 2084 in unserm Gesetzbuch gefaßt. Wenn nun Wechsel zur Sicherheit indossirt werden, so ist nach der Ansicht von *Pardessus* Nr. 1203 die Bekanntmachung an den Schuldner nicht nothwendig, wie auch der Cassationshof den 17. März 182. entschieden hat. Können aber im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Indossanten die Gläubiger sich darauf berufen, daß das Indossament nach der Absicht der Parteien kein Eigenthum übertragen, sondern nur eine Sicherheit geben sollte, und daß daher ein solcher Wechsel wegen Nichtbeobachtung der Förmlichkeit des Art. 2074 zur Masse eingeliefert werden müßte? *Pardessus* verneint diese Frage, auf dasselbe Urtheil sich stützend. Aber der königliche Gerichtshof von Paris hat den 21. Januar 1842 anders entschieden; ebenso der Gerichtshof von Douai am 29. März 1843. Der Cassationshof hat aber das Urtheil vom 21. Januar 1842 cassirt. Dagegen hat derselbe am 12. Januar 1842 entschieden, daß der Aussteller eines eigenen Wechsels dem Inhaber desselben, an den dieser Wechsel nur zur Sicherheit für eine Forderung indossirt war, die Einreden entgegen setzen könne, welche ihm gegen den Indossanten zustehen.

Diese Entscheidungen wurden in folgenden Fällen gegeben.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 14. Karlsruhe, den 3. April 1847.

I.

Entscheidungen französischer Gerichte in Wechselsachen. Wechselzuschreibung zur Sicherheit für eine Schuld. Nantissement.

(Schluß.)

1) Caussel stellte an die Ordre von Peyré mehrere eigene Wechsel für den Betrag von 35,000 Frc. aus; zur Sicherheit dieser Schuld indossirte er zu gleicher Zeit acht von Cabannes ausgestellte Wechsel im Betrag von 33,000 Frc. an denselben Peyré. Caussel gerieth in Gant, ehe seine Wechsel an Peyré bezahlt waren. Die syndics der Masse forderten die acht von Cabannes ausgestellten Wechsel von Peyré heraus, weil sie nur zur Sicherheit gegeben worden seien, der Vertrag aber aus dem zweifachen Grunde nichtig sei, einmal weil kein öffentlicher Act darüber gefertigt, Art. 2074, dann auch weil die Kundmachung an Cabannes nicht geschehen sei, Art. 2075. Die Klage wurde verworfen, und das Urtheil auf ergriffene Appellation von der Cour roy. von Montpellier den 5. Februar 1825 bestätigt, weil durch das Indossament das Eigenthum der Wechsel an Peyré übertragen worden sei, die Erklärung aber (welche freilich nirgends wörtlich angeführt ist) kein Faustpfand constituire, sondern nur eine Bedingung enthalte, welche seitdem durch die Nichtzahlung der eigenen Wechsel eingetreten sei; (wahrscheinlich hatte Peyré an Caussel einen Gegenschein gegeben, wornach das Indossament der acht Wechsel nur für den Fall gelten solle, als die eigenen Wechsel des Caussel nicht bezahlt würden) ferner weil, wenn man den Vertrag auch als Faustpfand ansehen wollte, dieser, wenn es sich von Wechsel handle, gültig durch Indossirung derselben constituirt werde Art. 2084 und Art. 136 code de commerce u. s. w.

Die gegen dieses Urtheil ergriffene Cassation wurde den 17. März 1829 verworfen. Die Entscheidungsgründe sind aber unklar, indem darin gesagt wird, aus dem angegriffenen Urtheil erhelle, daß Peyré die eigenen Wechsel des Caussel diesem zurückgegeben, und dagegen die acht Wechsel erhalten habe, weßhalb hier kein Grund vorhanden sei, den Art. 2074 anzuwenden u. s. w.

Sirey 1829 I. 241—243.

Der Cassationshof hat hier offenbar einen ganz anderen Fall vor Augen, als der königliche Gerichtshof von Montpellier; was ihm hiezu Veranlassung gab, konnte ich aus *Sirey* nicht ermitteln. Es wäre möglich, daß ein Theil des Urtheils zweiter Instanz bei *Sirey* übergangen wurde, was als große Nachlässigkeit der Redaction erscheinen würde, weil die Entscheidung des Cassationshofs dadurch ganz unverständlich wird.

2) Alexandre hat den 10. August 1842 zwölf Wechsel an Podevin regelmäßig indossirt, wogegen dieser schriftlich erklärte, daß diese Wechsel ihm nur zur Sicherheit und bis zur gänzlichen Zahlung einer Forderung von 20,000 Frc. behändigt worden seien. Alexandre gerieth in Gant, die syndics forderten die zwölf Wechsel heraus; Podevin wurde verurtheilt, und auf ergriffene Appellation das Urtheil von dem Gerichtshof in Douai den 29. März 1843 bestätigt, weil aus der Erklärung des Podevin hervorgehe, daß er die Wechsel nur zur Sicherheit erhalten habe, aber das Faustpfand nichtig sei, wenn die Vorschriften der Art. 2074 und 2075 nicht beobachtet seien; diese Vorschriften seien ungeachtet des Art. 2084 auch auf Handelssachen anwendbar, insoweit das Gesetz keine ausdrückliche Ausnahme gemacht habe, weßhalb auch Wechsel, welche durch Indossirung zu Eigenthum übertragen wurden, gar nicht als Faustpfand gegeben werden könnten, indem man der Hintergehung der Gläubiger Thür und Thor öffnen würde, wollte man gestatten, daß

ein Schuldner mittelst Indossirung einem einzelnen Gläubiger Vorzugsrechte einräumen könne u. s. w. *Sirey* 1843 II. 341. Dieser letzte Entscheidungsgrund läßt den ganzen Gedanken des Gerichtshofs erkennen; er fürchtet den Mißbrauch, der aus dieser Art von Indossirungen entstehen könnte. Aber diese Furcht ist ganz eitel, da der Schuldner statt zur Sicherheit, auf künftige Abrechnung (valeur en compte) indossiren könnte, wobei die Parthieen ihren Zweck erreichen, ohne einer Nichtigkeit ausgesetzt zu sein.

3) Am 21 Juni 1842 hat die Cour roy. von Paris unter denselben Verhältnissen das Handlungshaus Caunay, Hantin und Comp. verurtheilt, sieben Wechsel an die Gantmasse des Joly herauszugeben, oder den Betrag zu ersetzen.

Sirey 1843 II. 115.

Dieses Urtheil scheint übrigens gerade dasjenige, welches nach *Sirey* 1845 I. 563 am 6. August 1845 cassirt wurde, wiewohl das Datum des cassirten Urtheils vom 21. Januar 1842 angegeben wird. Aber die Parthieen sind dieselben, die Motivirung ist wörtlich dieselbe, weßhalb zu vermuthen ist, daß das Datum an einem oder dem andern Ort unrichtig angegeben wurde. Der Fall war dieser: Joly hatte mehrere eigene Wechsel an Caunay, Hantin und Comp. ausgestellt; als die Verfallzeit heran nahte, und Joly nicht zahlen konnte, wurde unter den Parthieen verabredet, Joly sollte neue Wechsel ausstellen; dagegen indossirte er zu gleicher Zeit an den Gläubiger sieben von Leroy an die Ordre von Joly ausgestellte Wechsel im Betrag von 8783 Frc. mit dem Ausdruck valeur en garantie. Joly fallirte, und die syndics verlangten die Herausgabe der sieben Wechsel von C., weil aus dem Indossament hervorgehe, daß sie nur zur Sicherheit gegeben, dabei aber nicht die Vorschriften der Art. 2074 und 2075 beobachtet seien. Das Handelsgericht von Paris wies die Klage den 8. September 1841 ab, weil nach Art. 2084 die Vorschriften der Art. 2074 und 2075 auf Handelssachen nicht anwendbar seien; namentlich aber auch die Indossamente bei Wechseln nach Art. 136 beurtheilt werden müßten u. s. w. Der königliche Gerichtshof von Paris erkannte abändernd, weil Art. 136 da nicht anwendbar sei, wo es sich nicht um Uebertragung des Eigenthums, sondern um Constituirung eines Faustpfands handle, in welchem Fall die Art. 2074 und 2075 anwendbar seien; denn Art. 2084 könne nur dahin verstanden werden, daß in Handelssachen Ausnahmen da eintreten, wo das Gesetz sie ausdrücklich sanktionire u. s. w. Dieses Urtheil wurde aber, wie schon angeführt, den 6. August 1845 cassirt, weil ein regelmäßiges Indossament das Eigenthum übertrage (Art. 136 C. de c.), das vorliegende Indossament aber als regelmäßig gelten müsse, indem es den gesetzlichen Erfordernissen entspreche, namentlich auch der Ausdruck valeur en garantie ebensogut wie valeur en compte dem Willen des Gesetzes gemäß sei u. s. w.

Sirey 1845 I. 563—566.

In dieser Entscheidung ist die eigentliche Frage eher umgangen als gelöst. Um so bestimmter hat sich der königliche Gerichtshof von Rouen den 29. April 1837 darüber in folgendem Fall ausgesprochen: Porte indossirte an Ballot eilf Actien im Betrag von 70,000 Frc. à titre de garantie, um ihn nämlich dafür zu decken, daß dieser verschiedene von Porte auf Ballot gezogene Wechsel im Betrag von 55,000 Frc. acceptirte. Porte gerieth in Gant, und die syndics verlangten die Herausgabe der Actien, wurden aber in erster und zweiter Instanz abgewiesen weil diese Actien nach den Statuten mittelst Indossament übertragbar, und daher den Wechseln gleich zu achten seien; bei diesen aber weder ein Privat- noch ein öffentlicher Act nothwendig sei, vielmehr das Indossament genüge, um den Inhaber, auch Dritten gegenüber, in Besitz zu setzen, weßhalb auch Art. 2074 und 2075 nicht anwendbar seien u. s. w.

Sirey 1837 II. 375.

4) Aymard stellte an Constantin drei eigene Wechsel im Betrag von 17,000 Frc. für Verluste aus einer nicht klagbaren Wette aus. Es wird der eigentliche Entstehungsgrund dieser Schuld nicht weiter angegeben, sondern nur erwähnt, daß die Wechsel auf einer cause illicite beruhten. Constantin indossirte diese Wechsel an de Speyr in regelmäßiger Form zur Sicherheit für dessen Forderung. — Bei Verfall verlangte de Speyr Zahlung von Aymard, und als sie verweigert wurde, belangte er ihn vor dem Handelsgericht. Aymard wendete ein, die Forderung sei nicht klagbar, weil sie auf einer unerlaubten Ursache beruhe; diese Einwendung könne gegen de Speyr geltend gemacht werden, weil dieser nicht Eigenthümer der Wechsel sei, sondern sie nur zur Sicherheit erhalten habe. Das

Handelsgericht verurtheilte ihn nichts desto weniger, aber der königliche Gerichtshof von Nismes wies die Klage ab, weil, wenn auch regelmäßige Indossamente das Eigenthum der Wechsel übertragen, es den Partheieen dennoch freistehe, diese Wirkung mittels einer Uebereinkunft zu modificiren; hier sei aber zugestanden, daß die Wechsel nur zur Sicherheit einer Forderung übertragen worden, wobei freilich nach den bisherigen Ansichten der Gerichte dem Inhaber die freie Verfügung über die Wechsel gestattet sei, unter dem Vorbehalt, daß er über den Betrag derselben Rechnung stelle; aus der Correspondenz zwischen Constantin und de Speyr gehe aber hervor, daß diesem nicht freie Disposition über die Wechsel eingeräumt worden sei, woraus sich ergäbe, daß de Speyr nur Mandatar des Constantin gewesen, und daher sich alle Einreden gefallen lassen müsse, welche diesem entgegenstehen; da ferner die Wechsel auf einer unerlaubten Ursache beruhen u. s. w.

Hiergegen wurde Cassation nachgesucht,

1) weil Art. 136 des code de commerce verletzt sei, indem trotz eines regelmäßigen Indossaments angenommen worden, der Inhaber sei nicht Eigenthümer,
2) wegen Verletzung des Art. 1967, weil das Urtheil die Wechsel für ungültig erklärt habe, während durch Ausstellung derselben eine Novation der ursprünglichen Spielschuld vor sich gegangen sei.

Der Cassationshof verwarf aber das Rechtsmittel den 12. Januar 1842, weil der königliche Gerichtshof aus den einzelnen Umständen des besondern Falls, deren Würdigung ihm allein zustehe, die Absicht der Partheieen entnommen habe, an de Speyr nicht das Eigenthum zu übertragen, sondern ihn als Mandatar zu bestellen; weil ferner auch Art. 1967 nicht verletzt sei, indem gar nicht behauptet werde, daß Aymard schon bezahlt habe, dieser vielmehr erst auf Zahlung belangt sei u. s. w.

Sirey 1842 I. 438—441.

Was den letzteren Punkt betrifft, so äußert *Troplong*, des contrats aléatoires Nr. 61 durchaus dieselbe Meinung, und führt auch mehrere Entscheidungen in diesem Sinne an, nämlich der cour roy. von Grenoble vom 6. December 1823, Angers 13. August 1831, des Cassationshofs vom 30. November 1826. Um so zweifelhafter erscheint mir die erste Frage. Es ist ein bekannter Grundsatz, daß Verträge keine Wirkung gegen dritte Personen haben, Art. 1165. Die Handelspapiere, welche an Ordre gestellt sind, beruhen wesentlich auf dem Grundsatz, daß die Inhaber derselben nicht als Rechtsfolger ihrer Indossanten gelten, sondern kraft eigenen Rechts gegen die Schuldner auftreten können. Ihnen bleiben daher fremd die Verhältnisse zwischen Schuldner und Remittenten, gerade so, wie umgekehrt, dem Schuldner die Verhältnisse zwischen Indossanten und Inhaber fremd bleiben. Der Cassationshof hat daher standhaft die Theorie behauptet, daß ein unvollständiges Indossament, dem Schuldner gegenüber, nicht durch Beweise, daß der Inhaber dem Indossanten den Werth bezahlt habe, ergänzt werden kann. Wie kann er nun, im umgekehrten Fall, gestatten, daß der Schuldner sich auf die Verhältnisse zwischen Indossant und Inhaber berufe, und daraus Einreden für sich ableite; daß er den zwischen Jenen gepflogenen Briefwechsel, der für ihn doch gewiß inter alios acta ist, für sich anführe, um daraus den Werth und die Bedeutung des Indossaments zu bestreiten? Abgesehen hievon scheint der Gerichtshof von Nimes darin mit dem von Rouen und Montpellier einverstanden, daß Wechsel zur Sicherheit indossirt werden können, ohne die in Art. 2074 und 2075 vorgeschriebenen Formalitäten zu beobachten. Mir scheint diese Ansicht um so unbestreitbarer, als schon die Voraussetzung, worauf sich die entgegengesetzte Meinung gründet, als sei nämlich ein zur Sicherheit bewirktes Indossament nur ein Faustpfand, falsch ist. Das Faustpfand ist wohl die gewöhnlichste Art der Sicherheitsbestellung, aber nicht die einzige. Der Verkauf auf Wiederkauf ist eine andere Art der Sicherheitsleistung; ist darum ein solcher Verkauf als Faustpfand anzusehen? *Troplong*, de la vente Nr. 692. Wenn nun ein Schuldner seinem Gläubiger eine Forderung zur Sicherheit cedirt, so ist diese Cession als solche gültig, nur wird der Gläubiger, wenn die Schuld bezahlt wird, die cedirte Forderung wieder herausgeben, oder wenn er sie eingezogen hat, den Betrag dem Schuldner ersetzen müssen. Das gleiche Verhältniß findet bei Wechseln statt, die zur Sicherheit indossirt wurden. Sie werden Eigenthum des Indossatar, aber dieser muß über den eingezogenen Betrag seinem Schuldner Rechnung stellen, gerade so, als wenn ihm die Wechsel valeur en compte indossirt worden wären.

Dr. Ladenburg.

II.

Beispiel einer nicht gerichtlich strafbaren Fälschung öffentlicher Urkunden.

Schullehrer Franz K. in Schr. befand sich in Folge seines Zugs von E. nach seinem neuen Bestimmungsorte und weil er von israelitischen Gläubigern auf Zahlung ihrer Forderungen sehr gedrängt wurde, in Geldverlegenheit.

Ein Achttheil seines, nur 250 fl. betragenden, Gehalts — war bereits für Forderungen anderer Gläubiger im Gesammtbetrage von 384 fl. mit Beschlag belegt.

Er mußte also zu einer Anleihe seine Zuflucht nehmen, welche er jedoch in seinem neuen Wohnorte Sch. zu machen sich scheute, weil er dort kaum eingetroffen und noch ganz unbekannt war. Er hatte jedoch daselbst den Handelsmann N. von M. kennen gelernt, an welchen er sich denn mit dem Ersuchen wendete, ihm zu einer Anleihe von 100 — 150 fl. behülflich zu sein.

Zur Förderung dieses seines Zweckes, um nämlich seine Zahlungsfähigkeit zu bescheinigen, übergab er dem Handelsmanne N .... 2. Urkunden in der Form von — durch das Amtsrevisorat L. und D. über ihm angefallene Erbschaften von 903 fl. 44 kr. und 464 fl. 54 kr. ausgestellten — Theilzetteln.

Es stellte sich jedoch später heraus, daß diese Urkunden falsch seien und daß auf beide das Siegel des Amtsrevisorats L. gedrückt, dieses jedoch auf der angeblich von dem Amtsrevisorat D. herrührenden Urkunde unkenntlich gemacht war.

Der Anleihecandidat, hierüber in Untersuchung genommen, gestand denn auch, beide Urkunden selbst, und zwar zu dem Zwecke gefertigt zu haben, um sich die durch seine Verhältnisse erschwerte Aufnahme einer Anleihe zu erleichtern, nämlich um durch die Urkunden nachzuweisen, daß man ihm seinen Verhältnissen nach die Darleihe wohl geben könne. Dabei behauptet er aber die redliche Absicht gehabt zu haben, die Darleihe, welche er erhalten werde, zurückzubezahlen.

Seine neue Stelle trägt ihm, der 29 Jahre im Dienste, verheirathet und Vater von 5 Kindern ist, — einschließlich des Ertrags seiner Nebendienste als Meßner, Glöckner und Organist, nur etwa 400 fl. ein; er hat aber bei seinem Schwager Mathias St. in W. noch eine Forderung von 100 fl. ausstehen, welche jedoch erst nach dem Tode seines in hohem Alter stehenden Vaters fällig wird. Nach den Zeugnissen der ihm vorgesetzten Behörden ist der Angeschuldigte einer der vorzüglichsten Schullehrer, sowohl hinsichtlich seiner Kenntnisse als seiner Dienstleistung, seines dabei bewiesenen Fleißes und Eifers und des Gedeihens der Schulen, in denen er wirkte, endlich hinsichtlich seines bisherigen — als musterhaft und vorzüglich bezeichneten — sittlichen Betragens, weßhalb er mehrmals Belobungen, auch einen Preis erhielt.

Bei Beurtheilung dieses Falles im ersten Criminalsenate des Hofgerichts des Unterrheinkreises nahm die Mehrheit *) an, es fehle hier am Thatbestande eines gerichtlich strafbaren Vergehens —

und zwar:

in Erwägung, daß der Angeschuldigte zwar zugestanden hat, beide — in die Untersuchungsakten aufgenommene — falsche Urkunden (von den Amtsrevisoraten L. und D. angeblich ausgefertigte Theilzettel und Verweisungen) selbst gefertigt, und zu dem Zwecke gebraucht zu haben, um sich durch deren Vorzeigen einen Credit für Aufnahme eines Darleihens von 100 fl. oder 150 fl. zu verschaffen, und daß die Entdeckung erfolgte, ehe er diesen Zweck erreicht hatte;

nach Ansicht jedoch des §. 48 des Strafedikts und in Erwägung, daß diese Handlung von dem Angeschuldigten weder vorgenommen worden ist, um durch den Gebrauch dieser falschen Urkunden sich oder einem Andern den Sieg Rechtens in einem obschwebenden Rechtsstreite zu verschaffen, (§. 48 lit. a.) noch durch die vorgenommene Urkundenfälschung von ihm ein Geldvortheil bezweckt wurde, welcher unmittelbar durch einen mittelst dieser Urkunden zu bewerkstelligenden Betrug erworben werden sollte, indem der Angeschuldigte seiner Behauptung nach

---

*) Eine Minderheit nahm an, es liege hier jedenfalls der Versuch eines gemeinen Betrugs vor, indem der Angeschuldigte durch die Vorzeigung der beiden falschen Urkunden in Andern den Glauben zu erwecken gesucht habe, daß er im Stande sei, ein ihm anvertrautes Darlehen zurückzuzahlen, während die Erhebung der Vermögensverhältnisse des Angeschuldigten zeige, daß von ihm die Heimzahlung nicht zu erwarten sei. Die Hingabe eines Darleihens an einen zahlungsunfähigen Schuldner bringe aber ebenso dem Gläubiger Nachtheil, als anderseits dem Anleiher Vortheil, wenn sich dessen Betrag vorerst auch noch nicht berechnen lasse.

D. E.

lediglich durch Vorzeigen derselben sich Credit zur Aufnahme eines Darleihens verschaffen wollte, und nicht zugestanden hat, daß er dieses Darleihen nicht zurückzahlen wolle, vielmehr nach den Umständen dem Angeschuldigten, einem Manne von dem besten Leumunde, die Absicht redlicher Heimzahlung des aufzunehmenden Darleihens mit Wahrscheinlichkeit zuzutrauen ist;

in fernerer Erwägung, daß die dem Angeschuldigten zur Last liegende Fälschung von Amtsrevisoratsurkunden auch nicht unter das in lit. e. des § 48 erwähnte Vergehen subsumirt werden kann, indem Inkulpat sich dadurch keine Staatsvortheile zu verschaffen gesucht hat, wozu er vorgeschriebene Bedingungen nicht erfüllt hätte *);

in Erwägung, daß außer den erwähnten, aus den angegebenen Gründen hier nicht anwendbaren, Bestimmungen des Strafedikts sich unter den einheimischen Strafgesetzen über Fälschungen keine sich vorfinden, welche die von dem Angeschuldigten begangenen Handlungen mit Strafe bedrohten **); eine analoge Anwendung des §. 48 lit. e. aber unzulässig erscheint;

In Erwägung endlich, daß, wenn man auch von der Fälschung absehen wollte, selbst der Thatbestand eines gemeinen Betruges nicht vorliegt, indem nicht nachgewiesen ist, daß der Angeschuldigte sich auf Kosten Anderer einen unerlaubten Vermögensgewinn verschaffen wollte, ihm vielmehr (wie schon erwähnt) die böse Absicht, das aufzunehmende Geld in seinen Nutzen zu verwenden und dasselbe nicht mehr zurückzuzahlen, nicht zuzutrauen ist.

Gegen das hofgerichtliche Erkenntniß ergriff der Großh. Staatsanwalt den Rekurs; allein

das Großherzogliche Oberhofgericht (I. Cr. Senat) erkannte unterm 4. Januar 1847. Nr. 5 und 6 bestätigend, indem es in den Entscheidungsgründen aussprach:

Daß die Handlungen des Angeschuldigten unter den Begriff der Fälschung sich eignen, könne nicht wohl bezweifelt werden.

*) Vergl. §. 429. des Strafgesetzes. D. E.

**) Auch das neue Strafgesetz ahndet die Fälschung öffentlicher Urkunden nur, wenn sie

1) aus Gewinnsucht,

2) zwar ohne Gewinnsucht aber zur Beschädigung eines Andern geschah.

§. 423, 425, 427, 428.

Der §. 446 wird auf den oben besprochenen Fall kaum anwendbar sein! D. E.

Ob aber derselbe sich hierdurch einer peinlich strafbaren Fälschung schuldig gemacht habe, sei eine andere Frage.

Das Strafedikt bezeichne außer der Urkundenfälschung zum Zwecke einer Rechtsbeugung in einem anhängigen Rechtsstreite — auch jene Urkundenfälschung als eine peinlich strafbare, mittelst deren die Erreichung eines Geldvortheils bezweckt werde.

Zu dem Begriffe der Fälschung gehöre also ebenso, wie zu dem Begriffe des Betrugs die Absicht, Jemanden zu beschädigen: nur sei dabei der Unterschied, daß zur Vollendung des Betrugs der Schaden schon eingetreten sein müsse, wenn hierzu eine Handlung desjenigen erfordert werde, welcher betrogen werden solle; während das Verbrechen der Fälschung schon dann vollendet, wenn von der falschen Urkunde Gebrauch gemacht worden sei.

Der Angeschuldigte habe nun zwar von den durch ihn gefertigten falschen Urkunden Gebrauch gemacht, um durch Täuschung des ausfindig zu machenden Darleihers auf dessen Entschluß, das Darleihen zu geben, einzuwirken.

Durch das Darleihen an sich werde aber der Eigenthümer des dargeliehenen Geldes nicht beschädigt, sondern erst dadurch, daß er in die Lage komme, die dargeliehene Capitalsumme nicht mehr zurückerhalten zu können oder die Zinsen zu verlieren. Wenn nun Derjenige, welcher durch falsche Urkunden Jemanden, von dem er ein Darleihen erhalten wolle, über seine Vermögensverhältnisse zu täuschen suche, einer hierdurch begangenen peinlich strafbaren Fälschung für schuldig erklärt werden solle, so müsse er überwiesen sein, daß er die Absicht gehabt habe, den Darleiher wirklich zu beschädigen, d. h. die durch den Darleihevertrag übernommenen Verbindlichkeiten nicht zu erfüllen, sondern dem Gläubiger den Rückempfang des dargeliehenen Geldes unmöglich zu machen, oder doch sehr zu erschweren *).

Der Angeschuldigte läugne, diese Absicht gehabt zu haben; dieselbe könne zwar im Allgemeinen aus den Umständen, welche die That begleiteten, bewiesen werden und namentlich liege eine wichtige Inzicht für eine böse Absicht darin, wenn die Vermögensumstände eines Anleihers zur Zeit der Begehung der That so schlecht beschaffen seien, daß er von der Unmöglichkeit der Rückgabe des Darleihens überzeugt sein müsse **).

*) Vergleiche §. 452, 1. des Strafgesetzes. D. E.

**) Vergl. §. 452, 2. (am Schl.) des Strafges. D. E.

Allein, ungeachtet der Angeschuldigte sich in einem gedrückten Zustande befunden habe, so sei doch keineswegs ausgemacht, daß er die Absicht gehabt haben müsse, den Gläubiger, welcher ihm das gesuchte Darleihen geben würde, um dasselbe zu betrügen, oder daß ihm die Unmöglichkeit der Zurückzahlung vor Augen geschwebt habe; vielmehr spreche gegen die Unterstellung einer bösen Absicht das Zeugniß des Handelsmanns N., daß der Angeschuldigte ihm gesagt habe, nach Ausfindigmachung eines Darleihers wolle er die anderen Papiere bringen — in Verbindung mit dem Umstande, daß der Angeschuldigte eine, wenn auch noch nicht fällige, Forderung von 100 fl. an seinen Schwager Mathias St. — habe; endlich der Leumund des Angeschuldigten; zufolge dessen seine Versicherung Glauben verdiene, er habe unter den mitzubringenden Urkunden die Papiere über jenen Ausstand bezeichnen und diesen bei Aufnahme der Darleihe in der Art benützen wollen, wie es ihm gelungen sein würde, mit dem Darleiher übereinzukommen.

Sobald aber der Beweis der Absicht mangle, Jemanden an seinem Vermögen zu beschädigen, fehle es an dem Beweise eines wesentlichen Merkmals zum Thatbestand einer peinlich strafbaren Fälschung.

Stempf.

III.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Klage eines Kirchspieltheiles gegen einen Anderen, wegen Theilnahme an der Kirchenbaupflicht. — Richterliche Competenz.

Nußbaum gegen Spranthal.

In obigem Betreffe ist im XIII. Jahrgang Nr. 45 dieser Blätter ein Rechtsfall mitgetheilt worden, in welchem das Großherzogliche Oberhofgericht die diesseitige Entscheidung, wornach die Sache nicht vor die Gerichte gehört, abgeändert und die Sache zur weiteren Entscheiduug über das Materielle des Rechtsstreites anher zurückgewiesen hat.

Indem man sich vorbehält, zur Begründung der gegentheiligen Ansicht über die Competenzfrage unten noch einige weitere Worte den ebenfalls mitgetheilten diesseitigen Entscheidungsgründen beizufügen, erlaubt man sich, nunmehr auch das jetzt erfolgte zweite Urtheil nebst Gründen, namentlich deßwegen mitzutheilen, weil in den letzteren zugleich in mehrfachen und wesentlichen Beziehungen eine Widerlegung der a. a. O. enthaltenen oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe versucht worden ist, in wie ferne nämlich aus den letzteren nicht nur die Ansicht des obersten Gerichtshofes über die Competenz der Gerichte, sondern auch schon über die Sache selbst zu entnehmen ist.

Einem aus dem Edicte vom 9. September 1815 etwa herbeizuholenden Einwande (dessen in den jetzigen Entscheidungsgründen bei entgegengesetzter Auslegung des Edicts nicht zu erwähnen war), sei hier sogleich für den vorliegenden Rechtsstreit noch begegnet.

Nimmt man den, von dem Großherzoglichen Oberhofgerichte aufgestellten Rechtssatz, daß bei Baustreitigkeiten über altvorhandene kirchliche Gebäude der Richter competent sei, als richtig an, so ist damit die vorliegende Klage per se auch schon entschieden, daß sie, obgleich nur auf die Kirchspieleinheit gestützt, auch in Rechten begründet sei. Wie bereits der oberste Gerichtshof auch erwähnt hat, kommt es sodann auf den Beweis jenes Klaggrundes an und ihrer Seits hat die beklagte Gemeinde ihre privatrechtlichen Befreiungstitel darzuthun. Wer aber zwar jenen Satz nicht anerkennen wollte, der könnte doch gleichwohl versucht sein, zu sagen: nach den Edicte von 1815 kommt es auf die Parteirollen nicht so genau an und woferne nur privatrechtliche Befreiungstitel von dem in Anspruch genommenen Mitpflichtigen vorgeschützt sind, hat der Richter auf letztere einzugehen und somit eo ipso eine Klage, wie die hier in Frage stehende, nicht zurückzuweisen. Wollte man nun aber auch, der diesseitigen Ansicht entgegen, diesen Einwand gelten lassen, so müßte man doch verlangen, daß in der Klage selbst die Behauptung enthalten wäre, der beklagte Theil habe sich vor der Verwaltungsbehörde auf privatrechtliche Befreiungstitel berufen und die Verwaltungsbehörde habe deßhalb die Sache auf den Rechtsweg verwiesen. Ersteres ist aber in der hier in Frage stehenden Klage nicht behauptet und wenn daher auch dort gesagt ist, man habe die jetzige Beklagte vor der Verwaltungsbehörde um den Baubeitrag angegangen, auf die erfolgte Verweigerung aber habe jene Behörde (zu dem nur das Bezirksamt Bretten) die Klägerin auf den Rechtsweg verwiesen, so erscheint diese Anführung durchaus unerheblich, weil nur unter der

Voraussetzung des Vorbringens privatrechtlicher Titel überhaupt eine solche Verweisung auf den Rechtsweg stattfinden durfte. Auch in dieser Beziehung dürfte somit (natürlich abgesehen von dem obersten Grundsatze des Großherzoglichen Oberhofgerichts) ein Einwand nicht entgegenstehen.

Das diesseitige Erkenntniß geht nunmehr aber dahin: daß das amtliche Urtheil vom 6. März 1844 besagend:

„die Klage findet nicht statt und hat die Gemeinde Nußbaum sämmtliche Kosten zu tragen"

unter Verfällung der Klägerin Appellantin in sämmtliche früheren und jetzigen Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

V. R. W.

Entscheidungsgründe.

In der, unterm 30. Januar 1844 bei dem Bezirksamte Bretten erhobenen Klage behauptet die Gemeinde Nußbaum, daß sie im Jahre 1843 ihre Orgel habe herstellen lassen; daß der deßfallsige Aufwand 117 fl. 52 kr. betragen habe; daß die Gemeinde Sprantthal mit ihr, der Klägerin, eine Kirchspielsgemeinde bilde; daß dieselbe jedoch bereits vor der Administrativbehörde um den Beitrag zu obiger Ausgabe angegangen, nicht nur diesen Beitrag verweigert, sondern überhaupt ihre Concurrenzschuldigkeit und beziehungsweise Baupflicht in Abrede gezogen habe. Gestützt auf die oben angeführten Behauptungen wurde gebeten, zu erkennen:

„die Gemeinde Sprantthal sei schuldig, nach Verhältniß ihrer Seelenzahl die Erbauung und Unterhaltung der in der Kirche zu Nußbaum befindlichen Orgel mitzubesorgen und die nach Verhältniß ihrer Seelenzahl sie dadurch treffenden Kosten zu bezahlen, bei Executionsvermeidung und unter Verurtheilung in sämmtliche Kosten des Rechtsstreits."

Auf diese Klage erkannte das Bezirksamt Bretten zwar Ladung, verwarf dieselbe aber, einer anderen Ueberzeugung folgend, alsbald nach Einkommen der Vernehmlassung durch Urtheil vom 6. März 1844 als nicht stattfindend.

Nachdem die Klägerin hiegegen die Berufung an den diesseitigen Gerichtshof ein- und ausgeführt, wurde unterm 11. September 1844 das amtliche Urtheil dahin bestätigt, daß die Klage vor den Gerichten nicht stattfinde, auf ergriffene Oberberufung jedoch von Großherzoglichem Oberhofgerichte jenes hofgerichtliche Erkenntniß unterm 9. October 1845 dahin abgeändert, daß die gedachte Klage vor den Gerichten stattfinde und die Entscheidung über die bisherigen Kosten der zweiten Instanz bis zu ergehendem Enderkenntnisse über das Materielle des klägerschen Anspruches auszusetzen sei.

In Folge dieses Erkenntnisses des obersten Gerichtshofes kam nunmehr die Sache zur wiederholten Verhandlung bei dem diesseitigen Hofgerichte, welches die den obersten Gerichtshof leitenden Gründe zwar durchaus nicht theilen kann, dagegen nunmehr formell gezwungen war, auf Beurtheilung der Sache selbst einzugehen. Diese Beurtheilung mußte nunmehr aber lediglich zur Bestätigung des amtlichen Erkenntnisses führen. Weil und in wieferne jedoch, wie sich zeigen wird, die Gründe der diesseitigen Entscheidung denen des Großherzoglichen Oberhofgerichts in mehrfacher Beziehung abermals geradezu entgegenstehen, erscheint es insoweit als zweckmäßig, zur Rechtfertigung des heutigen Ausspruches mit Aufstellung der diesseitigen Rechtssätze auch die Widerlegung der betreffenden entgegenstehenden Gründe des Großherzoglichen Oberhofgerichts zu versuchen.

Das Großherzogliche Oberhofgericht hat angenommen, es handle sich in vorliegendem Falle nicht allein um Vertheilung aufgewendeter Kosten, womit sich allerdings die Gerichte nicht zu befassen hätten, vielmehr sei auch nicht nur die, die Vertheilung bedingende Grundlage des ganzen Anspruchs, die Concurrenzschuldigkeit in Frage, sondern es sei sich besonders noch Seitens der beklagten Gemeinde Sprantthal auf besondere privatrechtliche Befreiungstitel von der Theilnahme an der Bauverbindlichkeit berufen worden; in beiden letzteren Beziehungen gehöre die Sache vor den Richter. Diesen letzteren Schluß und dessen Voraussetzungen bezüglich der Frage der Zuständigkeit der Gerichte einer weiteren Beurtheilung zu unterwerfen, kann, wie bereits bemerkt, dem diesseitigen Gerichtshofe nicht mehr zustehen. In wieferne es sich dagegen nunmehr zunächst um die Frage handelt, ob die Klage in Rechten begründet sei, müssen natürlich die obigen beiden Voraussetzungen einer näheren Erörterung unterworfen werden.

Was nun

1) die Concurrenzschuldigkeit im Allgemeinen betrifft, so würde sich einer Klage, welche unter der (in vorlie-

gendem Falle lediglich und allein aufgestellten) Behauptung, die Klägerin bilde mit der Beklagten ein Kirchspiel, das Begehren enthält, zu erkennen: „die Beklagte sei zu einer dem Kirchspiele als solchem obliegenden Last beitragspflichtig" mit Recht wohl schon entgegenhalten lassen, es seien die Gerichte nicht dazu vorhanden, Rechtssätze auszusprechen. Diese Wahrheit kann auch dadurch nicht umgestoßen oder beseitigt werden, daß irgendwo und irgendwie der beklagte Kirchspielstheil sich geweigert hätte, seine Pflicht anzuerkennen und eben deßwegen würde hier auch der, vom Großherzoglichen Oberhofgerichte an die Spitze seiner Entscheidungsgründe gestellte Satz:

> „daß über die Baupflicht bei altvorhandenen kirchlichen Gebäuden als über eine privatrechtliche Frage vom Richter zu entscheiden sei,"

zu viel beweisen und in jedem Falle nicht geeignet sein, mehr als überhaupt die richterliche Zuständigkeit darzuthun, ohne darum noch den Richter einer anderweiten Prüfung einer solchen Klage zu überheben. In der That liegt es aber auch in der Natur der Sache, daß überall, wo ein Mitpflichtiger einen anderen Mitpflichtigen zu einer Leistung beiziehen will, mit einem allgemeinen Begehren und mit einem allgemeinen richterlichen Ausspruche auf Mitleistung nichts gethan wäre. Der Begriff „Beitrag," d. h. gerade die Theilung der Leistung hinsichtlich der Art und Größe oder hinsichtlich der einen oder der andern bringt es nämlich, so ferne man nur nicht außer Acht läßt, daß ein richterliches Urtheil vollziehbar sein muß, ein nicht vollziehbares aber so gut wie kein Urtheil ist, mit sich, daß in derartigen Fällen eine Klage „auf Mitleistung" nichts sagend ist, und ein Urtheil, welches bloß eben dahin gienge, dem Richter nicht zugemuthet werden kann.

Läge daher wirklich eine solche Klage hier vor, wie der oberste Gerichtshof annimmt, so müßte sie offenbar als nicht stattfindend verworfen werden. Nun ist aber dem nicht also, vielmehr ist das Begehren der Klage, was die Beitragspflicht überhaupt betrifft, ausdrücklich dahin gerichtet: „daß Sprauthal schuldig erklärt werde, nach Verhältniß seiner Seelenzahl die Erbauung und Unterhaltung der in der Kirche zu Nußbaum befindlichen Orgel mitzubesorgen. Es wird mithin die Beitragspflicht im Allgemeinen nach einem gewissen Maßstab in Anspruch genommen und wenn es auch Sache des Richters wäre, hierüber zu erkennen, so wäre sofort die Klage wiederum verwerflich, weil der §. 26 des Bauedicts einen anderen Maßstab festsetzt. Dieses Klagbegehren in zwei Theile, wie das Großherzogliche Oberhofgericht gethan hat, nämlich in die Concurrenzpflicht im Allgemeinen und in die Reparition zu zerlegen, hält man schon nach der Fassung der Klägerin selbst für unzuläßig; aber auch abgesehen hievon dürfte durch das bisher Ausgeführte hinlänglich dargethan sein, wie jene Trennung der Klage immerhin nicht aufzuhelfen vermöchte, weil in der ersten Beziehung ein richterliches Erkenntniß verlangt würde, dessen sich der Richter wird weigern müssen, in letzterer Beziehung aber das Begehren der Klage den Gesetzen nicht gemäß ist. Mit einem Worte: zu welchem Zwecke könnte sich ein Gericht veranlaßt sehen, auszusprechen: die Gemeinde Sprauthal sei zum Orgelbau in Nußbaum beitragspflichtig, über die Art und Größe des Beitrags aber sei von den Verwaltungsbehörden zu erkennen?

Aus diesen Gründen glaubte der urtheilende Gerichtshof, die Klage als nicht stattfindend verwerfen, beziehungsweise das unterrichterliche Erkenntniß nunmehr bestätigen zu müssen. (Schluß folgt.)

IV.

Curiosum.

Ausweißungsdekret eines Bürgermeisters.

Die Glagsache besteht

1) Im Verdacht weil dieselbe (die auszuweisende Familie) in der Gemeinde gar nichts besitzen, und jezt viele Felddiebstähl begangen werden, durch Grumbihren, Bohnen und auf den Beimen durch Obs nebst noch Holz und Graßen und mihr viele Vorwirf gemacht werde.

2) So wird der Vamihli aufgegeben, von heute an biß den 14. d. M. aus dem Ort zu sein 2c.

Adam.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 15. Karlsruhe, den 10. April 1847.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Klage eines Kirchspieltheiles gegen einen anderen, wegen Theilnahme an der Kirchenbaupflicht. Richterliche Competenz. (Schluß.)

Unter diesen Verhältnissen kann es

2) auf die, im Wege der Einrede von der beklagten Gemeinde Sprantbal vorgeschützten privatrechtlichen Befreiungstitel aus dem einfachen Grunde nicht ankommen, weil rechtlich begründete Einreden eine rechtlich nicht begründete Klage nicht zur begründeten zu machen vermögen. Die Verordnung vom 9. September 1815, Regierungsblatt Nr. 16 steht nicht entgegen, bestätigt vielmehr obigen Satz auch für unsern Fall. Wenn nämlich unter a. jener Verordnung da, wo eine solche Concurrenzschuldigkeit aus einem privatrechtlichen Titel bestritten wird, für den gegebenen Fall, um die öffentlichen Arbeiten nicht durch processualische Weitlänfigkeiten aufzuhalten, der Verwaltungsbehörde das Erkenntniß zugewiesen ist, denen aber, welche die Baufreiheit behaupten, vorbehalten bleibt, sie vor den Gerichten auszuführen, so liegt, ganz abgesehen von der gänzlich verschiedenen processualischen Stellung der Gegner, auch materiell ein, von dem jetzigen ganz verschiedener Fall vor, nämlich der, daß die Baufreiheit des Kirchen-, Schul- oder Gemeinde-Verbandes ungeachtet, d. h. dieser, der richterlichen Beurtheilung nicht unterliegenden Verhältnisse an sich unbeschadet auf privatrechtlichen Titel hin in Anspruch genommen wird, mit andern Worten: daß die Theile sich nunmehr als Dritte gegenüberstehen. Ganz denselben Sinn hat Buchstabe c. der Verordnung und nur auf diese Weise läßt sich überhaupt diese in sich übrigens ebenfalls nicht widersprechende Verordnung, welche sich lediglich als eine Erläuterung des §. 8, lit. D. des Organisationsedicts von 1809 ankündigt, mit dem letzteren, welches den Kreisdirectorien das Erkenntniß über Schuldigkeit, Art und Größe des Beitrags zu dergleichen Lasten zuweiset, vereinigen. In vorliegendem Falle stehen sich beide Theile aber nicht als Dritte gegenüber, weil die Activ- und Passivlegitimation lediglich darauf beruht, daß Klägerin und Beklagte eine Kirchspielsgemeinde bilden, Recht und Pflicht also nur aus dem Kirchenverbande abgeleitet werden.

Zwar ist nun ferner das Großherzogliche Oberhofgericht wirklich auch von der weiteren Ansicht ausgegangen, daß beide Gemeinden nach jetziger Sachlage sich insofern als Dritte und nicht mehr als Bestandtheile eines und desselben Bezirkes, unter welchem nur eine Repartition gemacht werden soll, gegenüberstehen, als die beklagte Gemeinde behauptet hat, sie habe selbst eine Kirche, in welcher pfarrlicher Gottesdienst gehalten werde, und es ist nun ganz richtig, daß jene Behauptung unter den Einreden vorgetragen wurde. Ebenso wahr ist es, daß nach den Bestimmungen des Baugesetzes im Falle der Wahrheit jener Thatsache der Beklagten keine Bauverbindlichkeit an der Kirche zu Nußbaum obliegt. Gleichwohl ist aber die Folgerung, welche der höchste Gerichtshof aus jenem Vorbringen gezogen hat, eine solche, welche man diesseits als richtig nicht anzuerkennen vermag. Abgesehen nämlich davon, daß, wie vorhin ausgeführt worden, die Art und Weise, wie sich der beklagte Theil vertheidigt hat, der Sache keine andere Gestalt geben, und beziehungsweise der Klage nicht aufhelfen kann, erscheint auch jenes Vorbringen der Beklagten, beim wahren Lichte betrachtet, lediglich als verneinende Einlassung auf die, klägerscher Seits vorgetragene Behauptung der Kirchspielseinheit, bezüglich der hier in Anspruch genommenen

Baupflicht. Diese Kirchspielseinheit konnte nämlich, wie das Großherzogliche Oberhofgericht selbst angenommen hat, nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, und eine Wirkung äußern, daß die Beklagte keine Kirche besitze, in welcher pfarrlicher Gottesdienst verrichtet wird und es ist dies auch wirklich in der Klage selbst schon dadurch angedeutet worden, daß behauptet wurde, es besuchten die Einwohner von Spranthal jeden Sonntag die Kirche in Nußbaum. (Später wurden erläuterungsweise noch weitere Merkmale der Kirchspielseinheit angegeben.) Indem nun hierauf die Beklagte jene wesentliche Voraussetzung der rechtlichen Begründung der Klage widersprach und behauptete, sie habe ihre eigene Kirche, hat sie — möchte jene Voraussetzung nun in der Klage angeführt gewesen sein oder nicht — lediglich den Klaggrund der Kirchspiels-Einheit widersprochen, so daß auch für den Fall, daß es sich um ein Beweiserkenntniß gehandelt hätte, in dieser Beziehung der beklagten Gemeinde Spranthal lediglich hätte überlassen werden müssen, ihr Vorbringen im Wege des direkten Gegenbeweises darzuthun, während allein der Klägerin der Beweis der Kirchspielseinheit wäre aufzuerlegen gewesen.

Liegt nun hiernach die Sache keineswegs so, daß man von einem Streite, der abgesehen von dem Verhältnisse des Kirchenverbandes geführt würde, sprechen kann, so mußte es aus den weiter oben angeführten Gründen abermals bei der Verwerfung der Klage sein Bewenden behalten.

Daß das zweite Begehren der Klage, den Beitrag der beklagten Gemeinde Spranthal zu den bereits entstandenen Baukosten nach Verhältniß der Seelenzahl betreffend aus obigen Gründen ebenfalls verwerflich war, bedarf kaum der Bemerkung.

Aus diesen Gründen und hinsichtlich der Kosten mit Rücksicht auf das mehrerwähnte Urtheil vom 9. Oktober 1845 und den §. 169 der Proceßordnung mußte, ohne daß es auf weitere Prüfung der Einreden der Beklagten ankommen könnte, wie geschehen, erkannt werden." —

Um nun nochmals auf die Competenz der Gerichte zurückzukommen, so dürfte durch den Inhalt vorstehender Entscheidungsgründe, so weit er hierher gehört, schon gewissermaßen ein mathematischer Beweis gegen die bejahende Ansicht des Großherzoglichen Oberhofgerichtes geliefert sein. Läßt sich nämlich die Concurrenzfrage bei solchen Lasten unter Mitpflichtigen nicht nach ihrer Allgemeinheit von der Frage über Art und Größe trennen und kann in jedem Falle der Richter ein allgemeines ganz unwirksames Erkenntniß nicht ertheilen, ist es endlich nach §. 26 des Bauedikts nicht Sache des Richters, über Art und Größe des Beitrages zu erkennen, so wird man sich aber schon hiernach zu dem Schlusse bequemen müssen, daß die Sache ihrer Natur nach auch nicht zum Gegenstande richterlicher Entscheidung geeignet ist. Darin aber liegt auch, wie mir scheint, durchaus nichts Bedenkliches; denn die Frage: ob ein Kirchspielstheil als solcher zu einer dem Kirchspiele als solchem obliegenden Last beizutragen verpflichtet sei? ist in ihrer Allgemeinheit **bereits vom Gesetze entschieden**, sie kann und darf nicht Gegenstand weiterer oder gar entgegengesetzter Entscheidung werden, sie ist es auch für die Zukunft insolange, als das Gesetz nicht geändert wird und **über eine solche Aenderung hinaus** steht keiner Behörde, sie heiße, wie sie wolle, ein Erkenntniß zu. Eben so gewiß ist, daß **über die Aufhebung eines Kirchenverbandes hinaus** eine Concurrenzpflicht nicht ausgesprochen werden könnte und wenn nun, mit diesem Allem in Uebereinstimmung, das Organisations-Edikt von 1809. Beil. D., §. 8. c., der Verwaltungsbehörde das Erkenntniß über **Schuldigkeit**, Art und Größe des Beitrags an Staats- oder Gemeindelasten, öffentlichen Baulichkeiten u. s. w. zugewiesen hat, so scheint klar zu Tage zu liegen, daß dieselbe allerdings und natürlich die Vorfrage, im vorliegenden Falle also die Frage der von der Gemeinde Spranthal bestrittenen Kirchspielseinheit zu prüfen, sodann aber über den Beitrag selbst zu entscheiden habe, um den es sich, der obigen Bemerkung zufolge, **wirksam allein nur im concreten** Beitragsfall handeln kann, der übrigens nicht immer ein vergangener sein muß, sondern auch ein künftiger, d. h. projektirter sein kann. Mit Einem Worte: so wie, wir müssen es aus den früheren Entscheidungsgründen wiederholen, ein Streit über Lasten des Gemeindeverbandes, mag er sich auf die geläugnete Konkurrenzschuldigkeit eines Gemeindetheils oder nur auf die Größe des Beitrages beziehen, öffentlicher Natur ist, so auch jeder Streit über Ansprüche aus dem Kirchen- (und Schul-) Verbande. Diesem gegenüber hat nun aber das Großherzogliche Oberhofgericht den Satz aufgestellt:

„das Bau-Edikt sieht die Frage: Wer für altvorhandene kirchliche Gebäude der Baupflichtige sei, als eine rein privatrechtliche, im Falle des Streites der Entscheidung der bürgerlichen Gerichte unterstehende an,“ „es handelt sich von einem altvorhandenen Gebäude, ergo —.“

Darauf erlaube ich mir aber zu entgegnen:

1) Jener Satz steht nicht im Bau-Edikt.

Daraus, daß der §. 5 des Gesetzes bei neuen, noch nicht vorhanden gewesenen kirchlichen Gebäuden den Verwaltungsbehörden die Regulirung der Baukosten zuweist, kann man argumento a contrario nicht schließen, daß nun alle möglichen Streitigkeiten über Baulasten bei altvorhandenen Gebäuden ganz abgesehen davon, ob der Anspruch des einen Theils gegen den andern auf privatrechtlichem Titel oder auf öffentlichem Rechte beruht, gerichtlich seien. Der §. 5 hat nämlich seinen Grund offenbar darin, daß, wenn die „Obrigkeit“ die Erbauung eines neuen kirchlichen Gebäudes da anordnet, wo vorher noch gar keines gewesen ist, es auch ihre Pflicht ist, wegen der Baukosten alsbald das Nöthige zu reguliren. Dabei versteht es sich von selbst, daß hiefür die Gerichte nicht competent seien und liest man nun den §. 5 in seinem Zusammenhange, so wird man finden, daß der Gesetzgeber nicht sowohl an eine ausdrückliche Competenzbestimmung der Verwaltungsbehörden den Gerichten gegenüber dachte, als vielmehr daran, die allgemeinen Normen aufzustellen, welche bei der Regulirung der Baulasten maßgebend sein sollten. Es ist also aus dem Grunde des Gesetzes ein Schluß, wie er a contrario für jenen Satz gemacht werden will, nicht zu rechtfertigen.

2) Angenommen aber auch, der §. 5 enthielte den ihm unterlegten Satz wörtlich, so geht aus den übrigen Bestimmungen des Bau-Edikts hervor, daß es die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sein kann, das auszusprechen was man nun im Gesetze finden will, beziehungsweise, daß die Auslegung, welche das Großherzogliche Oberhofgericht dem Satze giebt, die richtige nicht sein dürfte.

Das Bau-Edikt hatte sich zunächst mit den zwei Fragen zu beschäftigten: Wer hat zu bauen und was ist zu bauen? In der letzteren (objektiven) Beziehung macht es gewisse Unterschiede zwischen dem Langhause, dem Ingebäude, Thurm u. s. w. In der ersteren (subjektiven) Beziehung haben wir es mit baupflichtigen Rechtssubjekten zu thun, welche sich nach verschiedenen Richtungen aber jedes an sich in unveränderter Gestalt gegenüber treten. So wird, um mich hierauf zu beschränken, das Kirchspiel als solches im §. 1 dem dort genannten Bauherrn, im §. 12 der Kirchenkasse und dem Zehntherrn, im §. 13 der weltlichen Gemeinde (sämmtlich baupflichtige Rechtssubjekte gleich dem Kirchspiele, nur je nach Verhältnissen) entgegengesetzt; im §. 14 wird das Kirchspiel eine Person genannt, für deren Nutzen die Kirche gebaut wird, und im §. 15 ist von seiner Frohndpflicht die Rede. Alle jene von der Baupflicht handelnden Stellen lassen uns das Kirchspiel lediglich als Eine moralische Person entgegentreten. Sagt man also: wo es sich um die Baupflicht bei altvorhandenen Gebäuden handelt, da gehört (wie dies auch nicht bestritten werden soll) die Sache vor den Richter, so kann sich dieß doch nur auf Streitigkeiten des Kirchspiels als solchen beziehen, auf Streitigkeiten der Kirchspielstheile unter sich paßt aber der Satz nicht und diesem wird man doch wohl nicht entgegenhalten wollen, das Bau-Edikt beziehe sich, weil der §. 26 über die Repartition der Kirchspielsbaulasten nun einmal existire, ja auch auf die Conkurrenzschuldigkeiten der Kirchspielstheile unter sich, es werden also auch diese Fragen, wo es sich um altvorhandene Gebäude handle, von obigem Grundsatze ergriffen. Einem solchen Einwande ist mit der ganz einfachen Betrachtung begegnet, daß nicht alles, im Bau-Edikt Enthaltene gerichtlicher Natur ist und daß gerade hievon der §. 26 den schlagendsten Beweis liefert, indem er sich mit einem Gegenstande des öffentlichen Rechtes, mit den Umlagen der Baukosten beschäftigt. Ob also der Anspruch auf Beitrag zu Baukosten gegen einen angeblich Mitpflichtigen vor die Gerichte oder vor die Verwaltungsstellen gehöre, muß aus der Natur des, dem Anspruch zu Grund liegenden Rechtsverhältnisses hervorgehen. Ist letzteres, wie in concreto, dem öffentlichen Rechte angehörig (Kirchenverband), so kann auch die Competenz der Gerichte nicht begründet sein und hiernach hätte wohl die Gemeinde Nußbaum, deren Anspruch sich lediglich auf die Kirchspiels-Einheit mit Sprantahl stützt, besser gethan, die Sache auf dem Administrativwege zu verfolgen, als dem amtlichen Verweisen der Sache auf den Rechtsweg Gehör zu geben.

Baumüller.

II.

Darf eine gerichtliche Untersuchung gegen einen Grenzzollbeamten wegen Mißbrauchs der Waffen nur dann eingeleitet werden, wenn die vorgesetzte Zollbehörde einen derartigen Mißbrauch vorerst anerkannt hat?

Es trat H gegen den Grenzaufseher B bei dem betreffenden Amte mit einer Ehrenkränkungsklage auf, welche die Beschuldigung enthielt, daß dieser sich im Dienste eines Mißbrauchs seiner Waffen schuldig gemacht habe. Das Amt leitete gegen den Angeklagten gerichtliche Untersuchung ein und verfällte denselben in eine bürgerliche Gefängnißstrafe von einigen Tagen.

Der Verurtheilte B ergriff den Recurs gegen dieses Erkenntniß und das Obergericht änderte dasselbe dahin ab, „daß der Angeklagte — unter Verurtheilung des Anklägers in die Kosten — von der Anklage zu entbinden sei." — Dieses oberrichterliche Urtheil stützt sich auf §. 11 des Gesetzes vom 28. August 1835 (Regierungsbl. 1835 S. 251) und auf die Verfügung des Großherzoglichen Justizministeriums vom 11. April 1845 (bekannt gemacht im Verordnungsblatt des Oberrheinkreises pro 1845 S. 43), wornach nur dann eine Untersuchung gegen einen Grenzaufsichtsbeamten wegen Mißbrauchs seiner Waffen eingeleitet werden könne und solle, wenn vorerst die ihm unmittelbar vorgesetzte Dienstbehörde einen solchen Mißbrauch anerkannt und deßhalb den Angeschuldigten vor Gericht gestellt hat.

Wenn ich mir erlaube meine abweichende Ansicht hierüber geltend zu machen, so geschieht solches lediglich aus der rechtlichen Besorgniß, es möchte den Großherzoglichen Zollbehörden hieraus eine Befugniß vindicirt werden, wodurch die Competenz der Gerichte gleichsam nach Belieben — je nach Umständen des einzelnen Falles — beengt und die richterliche Wirksamkeit gehemmt werden, was — im Interesse der Rechtspflege und in Anbetracht der Gleichheit der Rechte aller Badener vor den Landesgesetzen — nicht wohl sein kann.

Allenthalben, wo dem ordentlichen Richter ein Verbrechen bekannt wird, muß er von Amtswegen sein Richteramt handhaben, die Untersuchung einleiten und entweder selbst entscheiden, oder — im Falle die vorliegende That sich zur höheren Aburtheilung eignet — die Acten dem vorgesetzten Obergerichte vorlegen. Dieses ist in Art. 6 des Strafedicts ausdrücklich enthalten, und Ausnahmen hievon finden nur statt in Ehrenkränkungssachen, wo der Richter nur auf Anklage der Betheiligten einschreiten darf, so wie, wenn die Angeschuldigten gefreiete Gerichtsstände haben.

Eine gesetzlich ausgesprochene Beschränkung der richterlichen Competenz, resp. Abhängigmachung der richterlichen Thätigkeit von der Zustimmung der Großherzoglichen Zollbehörden in vorwürfiger Frage dürfte aber schwerlich nachgewiesen werden können.

Der §. 11 des oben schon angeführten Gesetzes lautet also:

> „auf die Anzeige, daß Jemand von den Grenzaufsichtsbeamten im Dienste verletzt ist, hat der Richter des Orts der vorgefallenen Verletzung unter Zuziehung eines obern Zollbeamten unverzüglich einzuschreiten und auszumitteln, ob ein Mißbrauch der Gewalt oder der Waffen stattgefunden hat, oder nicht." —

Ich verstehe diese Gesetzesstelle nun einfach so: daß nur der Richter angewiesen ist, den objectiven Thatbestand der fraglichen That zu erheben, und daß der Richter allein verpflichtet — somit auch berechtiget — ist, auszusprechen, ob Mißbrauch der Gewalt oder der Waffen stattgefunden habe. Die betreffende Großherzogliche Zollbehörde ist dem Richter nur zur Controle beigegeben, um letzterem über die Dienstbefugnisse der Zollaufseher die erforderliche Aufklärung zu ertheilen, den Inkulpaten allenfalls nach Umständen in Schutz zu nehmen und — je nach dem Ausspruch des Richters — das Sachgemäße rücksichtlich der dienstlichen Verhältnisse des Inkulpaten anordnen zu können.

Nirgends ist gesagt, daß der Großh. Zollbeamte die Befugniß haben solle, den Ausspruch über den Charakter der in Frage liegenden Handlung zu thun und die richterliche Funktion von seinen Aussprüchen abhängig zu machen. Ebenso wenig ist gesagt, daß dieser Ausspruch von dem Richter und von dem Zollbeamten gemeinschaftlich zu geschehen habe; es kann daher auch von einem

Competenzconflikt überall keine Rede sein, weil nur der Richer (somit exclusive eines Oberzollbeamten) auszumitteln, d. h. auszusprechen hat, ob Mißbrauch der Gewalt oder der Waffen statt gefunden habe, um — bejahenden Falls — nach §. 12 des gedachten Gesetzes die Bestrafung des Schuldigen nach Vorschrift der allgemeinen Landesgesetzen eintreten zu lassen.

Diese meine Ansicht glaube ich bestätiget zu finden in den Diskussionen der Großherzoglichen Badischen II. Kammer der Landstände in ihrer 56. Sitzung vom 13. August 1835 im sechsten Protokollheft S. 280—282 über eben diesen §. 11: — Hier spricht sich selbst der landesherrliche Commissär Herr Staatsminister v. Böckh folgendermaßen aus:

S. 281. — „Sodann glaube ich auch nicht, daß überall zu untersuchen ist, ob ein Mißbrauch der Gewalt stattgefunden habe, denn dies setzt voraus, daß bei jeder Verletzung ein Mißbrauch der Gewalt zu vermuthen sei. Mann sollte daher blos sagen: der Fall sei vor dem Richter zu untersuchen."

Sodann weiter unten.

— „Indessen glaube ich, wird unnachtheilig sein, wenn so stehen bleibt, was im Entwurf steht. Das Gericht wird natürlich ausmitteln, ob ein Dienstvergehen gegen das Gesetz stattfand und da der Oberzollbeamte dabei ist, so wird er den Zollaufsichtsbeamten in soferne vertheidigen, als er dem Gerichte nachweist, daß er blos seine Schuldigkeit gethan habe."

Diese Ausführung scheinen die übrigen Großherzogl. Regierungskommissäre, die Herrn Staatsminister von Türkheim, Staatsminister Winter, Staatsrath Nebenius und Ministerialrath Langgetheilt zu haben, weil von keinem derselben eine gegentheilige Meinung geltend gemacht, vielmehr von Letzterem gleichdeutende Aeußerung gemacht wurde, indem er sagt:

—„ — Wenn die Untersuchung beginnt, so ist nichts natürlicher, als daß der Untersuchungs-Richter alle Umstände der That untersucht und somit auch die, unter welchen der Beamte von seiner Waffe Gebrauch gemacht hatte."

Ueberall wurde hier nur dem Richter die Untersuchung und der Ausspruch „ob ein Gewaltsmißbrauch stattgefunden habe" überlassen, und durch diese resp. authentische Interpretation dieses §. 11 dürfte derselbe über jeden Zweifel erhaben sein. *)

II. Was nun die hohe Verfügung des Großherzoglichen Justizministeriums vom 11. April 1845 anbelangt, so wird darin ebenfalls ausdrücklich gesagt, daß der Richter, unter Beizug eines obern Zollbeamten, ermitteln solle, ob eine Gewaltsüberschreitung stattgefunden habe. Der Nachsatz, daß die gerichtliche Untersuchung erst beginne, wenn die Zollbehörde auf den Grund der vorläufigen Erhebungen den Amtsmißbrauch anerkannt habe, — steht meiner Ansicht nach mit dem Vordersatze im Widerspruch." **)

---

*) Hier läßt sich wohl nur von Motiven des Gesetzgebers sprechen, da authentische Interpretationen, welche keinenfalls von Regierungskommissären in einer Kammer ertheilt werden können, den bereits promulgirten und in Wirksamkeit getretenen Gesetzen nachfolgen, um den zweifelhaften Sinn derselben zu erläutern. D. R.

**) Gewiß nicht. Der Richter, von welchem der §. 11 des Gesetzes vom 28 August 1835 spricht, ist ohne Zweifel der im betreffenden Amtsbezirke zuständige Untersuchungsrichter, welcher auf die Anzeige von einer vorgefallenen Verletzung in Gemeinschaft mit einem oberen Zollbeamten eine Art von dienstpolizeilicher Voruntersuchung zu pflegen hat, um durch das Ergebniß derselben die vorgesetzte Dienstbehörde in den Stand zu setzen, zu ermessen, ob der als Urheber jener Verletzung erscheinende Gränzaufsichtsbeamte wegen Misbrauchs der Gewalt oder der Waffen dem Strafrichter zu überantworten sei oder nicht. Erst dann, wenn von dieser Behörde ein bejahender Ausspruch erfolgt ist, tritt die gerichtliche Untersuchung und Aburtheilung des Angeschuldigten ein. Daraus allein, daß dem gewöhnlichen Untersuchungsrichter jene vorläufigen Erhebungen übertragen sind, folgt bei weitem nicht, daß er selbst auch den Gränzaufsichtsbeamten vor den Richter stellen, oder denselben, wenn ihm ein Uebergriff oder Exceß vorzuliegen scheint, von Amtswegen in Untersuchung nehmen und aburtheilen oder die Akten zu diesem Behufe dem Oberrichter vorlegen kann und soll. Denn man darf nicht aus den Augen verlieren, daß durch den §. 11 des oben allegirten Gesetzes der §. 16 unseres Dieneredikts weder aufgehoben, noch modificirt worden ist.

In keinem Falle konnte der Gränzaufsichtsbeamte wegen einer Ehrenkränkung, deren er sich in Ausübung seines Dienstes schuldig gemacht haben sollte, eher belangt werden, als bis er von seiner Dienstbehörde vor den Richter gestellt war, weil der §. 11 cit. selbst wenn im Uebrigen die Auslegung des Verfassers richtig sein sollte, nur von körperlichen Verletzungen und nicht von Ehrverletzungen zu verstehen ist. D. R.

Wenn nämlich zugegeben wird, daß nur der Richter ausmitteln, d. h. untersuchen und aussprechen solle, ob ein Gewaltsmißbrauch stattgehabt habe oder nicht und bejahenden Falls die gerichtliche Untersuchung einleitet, so kann er unmöglich an die Erlaubniß der Zollbehörde hiezu gebunden sein.

Der betreffende Inkulpat wird auch durch das richterliche Einschreiten keineswegs beeinträchtiget, weil ihm erstens gegen ein etwa ungünstiges Urtheil der Rekurs an den höheren Richter zusteht, in welchem er dann besonders geltend machen kann, daß der Fall eines Gewaltsmißbrauchs nicht vorliege, somit seine Aburtheilung nicht zur gerichtlichen Competenz gehöre; dann weil ihm der Großherzogl. Staatsanwalt — wenn das Großherzogliche Hofgericht in erster Instanz zu entscheiden hat — schützend zur Seite steht und selbst den Rekurs gegen ein obergerichtliches Urtheil ergreifen würde, wenn er solches seiner Ueberzeugung nach den bestehenden Gesetzen nicht angemessen erachten könnte.

Auch scheint mir die gedachte hohe Verfügung nicht in dem Sinne als doktrinelle Belehrung, woran ohnehin kein Richter gebunden ist, erlassen worden zu sein, daß der Richter wirklich nur dann eine gerichtliche Untersuchung einleiten dürfe, wenn die Zollbehörde das Vorhandensein eines Gewaltsmißbrauchs ausgesprochen hat, sondern, daß der Untersuchungsrichter nur angewiesen wird, der Zollbehörde auf ihr Verlangen auch während dem Gange der gerichtlichen Untersuchung, oder am Schlusse derselben die Akteneinsicht zu gestatten.

Wäre das in Frage liegende Vergehen ein Amtsmißbrauch, d. h. eine solche unerlaubte unter Strafe verbotene Handlung des Angeschuldigten, wodurch derselbe, mit oder ohne Uebertretung der jeden Staatsdiener verbindenden Gesetze, die durch den eingegangenen Dienstvertrag gegen seine Dienstherrschaft übernommene besondere Verpflichtung verletzt, und wie solcher in §. 659 des neuen Strafgesetzes definirt ist, so würde allerdings nach Maßgabe des Dieneredikts von 1819. §. 16 und nach §. 8 des Einführungsedikts zum neuen Strafgesetze eine gerichtliche Untersuchung nur auf Antrag oder mit Ermächtigung der vorgesetzten Zollbehörde stattfinden können.

Von einem derartigen Vergehen ist aber in §. 11 des berührten Gesetzes keine Rede, es kann somit auch die Großherzogliche Zollbehörde den Richter in Ausübung seiner Amtsbefugniß nicht hemmen.

P. Jäger.

III.

Der Kläger ist berechtigt, Ladung oder Versagung derselben in einer der von der Proceßordnung vorgesehenen Formen auf die schriftlich eingereichte Klage zu verlangen. Die Verweigerung gilt als Justizverweigerung.

(Grieser gegen Fiskus.)

Die Klägerin verlangt in ihrer Klage auf den Vortrag der thatsächlichen Verhältnisse die Verurtheilung des beklagten Fiskus als Rechtsnachfolger in der vormaligen Rheinpfalz (ad ⁶/₁₀) zur Auszahlung eines Wittwengehalts. Zur rechtl. Begründung beruft sie sich unter anderem auf eine churpfälzische Verordnung, deren Inhalt sie wörtlich anführt, und beantragt die Requirirung derselben aus Großherzoglichem Generallandesarchiv. Da die Nachforschung keinen Erfolg lieferte, so verfügte das Großherzogl. Hofgericht des Unterrheinkreises an den klägerschen Anwalt: daß man ihm nunmehr überlassen müsse, weitere, die Beibringung der fraglichen Entschließung betreffende, Anträge zu stellen. Der Anwalt stellte hierauf lediglich den Antrag auf Ladungsverfügung mit dem Bemerken, daß durch die Antwort des Beklagten vielleicht jede weitere Nachforschung unnöthig werde. Hierauf verfügte das Hofgericht, daß es bei jenem frühern Beschluß sein Bewenden behalte. Der Anwalt beschwerte sich hierauf bei Großherzogl. Oberhofgerichte wegen Justizverweigerung. Das Hofgericht bemerkte in seinem Rechtfertigungsbericht, daß zur Beurtheilung der Klage die Beibringung der angeführten churpfälzischen Entschließung nöthig sei (?), und daß es die Klägerin angebrachtermaßen hätte abweisen können, dieselbe daher, da es weniger gethan (?), nicht beschwert sein könne. Der oberste Gerichtshof erachtete die Beschwerde für begründet und verfügte:

„In Erwägung, daß auf eine schriftlich eingereichte Klage nach dem 18 Tit. der Proceßordnung, wenn jene dem §. 350 dieses Gesetzes entspricht, die Ladung ver-

fügt werden muß, wofern nicht einer der Fälle der §§. 357, 358 und 360 vorliegt, wo alsdann in einer der hierin bezeichneten Formen die Ladung zu versagen ist; wenn die Klage aber dem §. 350 nicht entspricht, dieselbe nach Maßgabe des §. 359 der Proceßordnung angebrachtermaßen zu verwerfen ist;

in Erwägung, daß, abgesehen davon, ob die vom Großherzogl. Hofgerichte gerügte Mangelhaftigkeit der Klage nach Ansicht der beiden §§. 350 und 359 der Proceßordnung diese Art der Ladungsversagung begründen könnte, die hofgerichtliche Verfügung vom 14. Dezember v. J. sich weder nach Form, noch nach Inhalt als diese Ladungsversagung darstellt und als solche auch vom Großherzogl. Hofgerichte selbst in seinem Berichte vom 8. d. M. nicht ausgegeben wird;

in E. daß somit das Beharren auf der Verfügung vom 16. November v. J., wornach der Gerichtshof vor Einbringung weiterer, die Beischaffung der angerufenen churfürstl. Entschließung bezweckenden Anträge jede Rechtshilfe verweigert, als Justizverweigerung erscheint; — wird die Beschwerde der Klägerin für begründet erklärt und das Großherzogliche Hofgericht unter Aufhebung seiner Verfügung vom 14. Dezember v. J. und Zurücksendung seiner Akten angewiesen, die proceßordnungsmäßige Verfügung auf die Klage zu erlassen."

Zentner.

IV.

Meineid.

1) Der Vater darf in der Untersuchung gegen den Sohn als Zeuge nicht beeidigt werden.

2) Die Zuläßigkeit der Beeidigung bildet ein wesentliches Merkmal des Thatbestands eines Meineids!

Der ledige Johann Georg K. von H. war beschuldigt, bei dem in der Nacht vom 20. auf den 21. September 1846 zwischen 11 und 12 Uhr zum Nachtheil des Gumbel W. von dort verübten großen Diebstahl mitgewirkt zu haben, was er anfänglich läugnete, indem er vorgab, in jener Nacht schon um 10. Uhr nach Haus gekommen und nicht mehr ausgegangen zu sein. Er berief sich deßhalb auf seinen Vater Georg K., bei dem er wohnte. Dieser wurde vernommen und gab denn auch an, sein Sohn sei gleich nach 10 Uhr heimgekommen und habe sich in sein Schlafzimmer begeben; — welche Aussage er später nach Abnahme des Zeugeneides bestätigte.

Bald darauf gestand jedoch der Sohn Johann Georg seine Betheiligung bei jenem Diebstahl und daß er erst zwischen 11 und 12 Uhr in jener Nacht nach Haus gekommen sei.

Nun leitete der Untersuchungsrichter gegen den Vater Georg K. eine Untersuchung wegen Meineids ein, in deren Verlauf dieser das Geständniß ablegte, er habe seine falsche Angabe über die Zeit der Heimkunft seines Sohns in jener Nacht mit dem Bewußtsein ihrer Unwahrheit auf den abgelegten Eid bestätigt, jedoch entschuldigte er diese Handlungsweise mit der väterlichen Liebe zu seinem Sohne und mit dem aus diesem Naturtriebe entsprungenen Wunsche, diesem in der gegen denselben eingeleiteten Untersuchung zu helfen.

Das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises (I. Cr. Senat) nahm an, daß die Beeidigung des Vaters als Zeuge in der Untersuchung gegen den Sohn unzuläßig sei.

Ueber diese Frage findet man zwar in dem Strafedikt keine Auskunft, wohl aber im gemeinen Rechte.

Das römische Recht bestimmt nämlich in:

L. 6. Cod. de test. (4, 20.) *)

„Parentes et liberi invicem adversus se *nec volentes* ad testimonium admittendi sunt."

(u. L. 9. D. de testibus (22, 5.):

„Testis idoneus pater filio, aut filius patri *non* est").

Auch das canonische Recht verordnet in:

c. 3. x. Qui matrimonium accusare possunt vel contra illud testari (Lib IV. Tit. 18.)

---

*) Diese lex ist wohl dem (unter die criminalrechtliche Lehren gesetzten) Tit. 15. Lib. V. Sent. Rec. des Paulus entnommen, welcher daselbst in §. 3 den Satz aufstellt: „Adversus se invicem parentes et liberi . . . nec volentes ad testimonium admittendi sunt: quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit."

Dr. F. Roßhirt „zur Lehre von der Pflicht zum Zeugnisse im Strafprocesse" in v. Jagemann rc. Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. N. F. III. 1. Heft p. 111, 112 Note 44. p. 113. Note 45. p. 114 und Note 47.

„Videtur nobis: Quod parentes, fratres et cognati utriusque sexus in testificatione suorum ad matrimonium conjungendum vel dimittendum admittantur, tam antiqua consuetudine quam legibus approbatur. Ideo enim — — — — — — —. Quod vero legitur, pater non recipiatur in causa filii, nec filius in causa patris; in *criminalibus* causis et contractibus verum est." — —

Die gemeinrechtliche Praxis schwankte zwar in ihren Ansichten über die Befreiung der Eltern und Kinder von der Zeugnißpflicht

> s. Dr. F. Roßhirt ll. cit p. 110. Note 46. p. 123 — 125. und Note 78 und Archiv des Criminalrechts n. F. 1834. p. 596, 597. **Mittermaier** im neuen Archiv II. p. 107.

allein in Baden hat das Großherzogliche Justizministerium durch Erlaß vom 20. September 1809. Nr. 3320 angeordnet, daß Kinder und Eltern (und Eheleute)

„als **Zeugen** gegen den in Untersuchung befangenen Theil soweniq confrontirt als eidlich abgehört, sondern **nur**, so weit sie sich der gesetzlichen Befugniß keine Auskunft über die Anschuldigung gegen so nahe und im Schutz- oder Respekts-Verhältnisse stehende Beschuldigte geben zu müssen, — nicht bedienten (welche ihnen niemals, auch nicht unter dem von der Praxis aufgebrachten, das Gesetz im Grund völlig vereitelnden — Vorwand: „Quod veritas aliter haberi nequeat" abzufordern sei) **ohne Eid** zur Information **vernommen** und dann von ihren Aussagen zur weiteren Untersuchungsspur oder zur vorsichtigen Verhaltung an den Beschuldigten — Gebrauch gemacht werden sollen."

Von denselben Grundsätzen geht auch §. 149 der neuen Strafproceßordnung aus, welcher anordnet, daß:

a) **Verwandte und Verschwägerte in gerader Linie,**
b) **Geschwister, und im 2. Grad der Seitenlinie Verschwägerte,**
c) **der Ehegatte**

eines Angeschuldigten das Recht haben, das Zeugniß zu verweigern und selbst, wenn sie hiervon keinen Gebrauch machen, gleichwohl **nicht eidlich** vernommen werden dürfen. — Da nun die Zulässigkeit des abgenommenen Eides ein wesentliches Merkmal des Thatbestands eines Meineids bildet,

> **Feuerbach**, 12te von **Mittermaier** besorgte Ausgabe §. 419.
> **Abegg**, Strafrechtswissenschaft §. 567; **Heffter**, Strafrecht §. 410, 412.
> vergl. §. 491, der neuen Strafproceßordnung

so nahm die Mehrheit ferner an, daß wegen Mangels am Thatbestand des Meineids ein Grund zur Einleitung der Untersuchung gegen Georg Kolb von Hoffenheim nicht vorlag.

Stempf.

V.

Literaturbericht.

Beiträge zu einem Handbuche für badische Staatsschreiber von **Ludwig Grether**, Notar in Offenburg 1847.

Diese Beiträge — eigentlich Noten zum Text eines Handbuches — folgen der Legalordnung unseres Landrechts und liefern in kurzen Rechtssätzen die Entscheidungen der französischen und badischen Gerichte über zweifelhafte Fragen, welche vorzugsweis in das Gebiet der Staatsschreiberei einschlagen. Die unbestreitbare Brauchbarkeit dieser wohlgeordneten Compilation, empfiehlt sich noch besonders durch die reichhaltigen Citate, wodurch die Ausarbeitung des Handbuches selbst sehr erleichtert würde. Jedenfalls ist es ein erfreuliches Zeichen, wenn Männer von dem Fache des Verfassers ihre Mußestunden wissenschaftlichen Arbeiten widmen, um sich selbst immer mehr auszubilden und zugleich ihren Berufsgenossen belehrend an die Hand zu gehen.

Es ist daher zu wünschen, daß der Verfasser auf dem betretenen Wege fortschreite und die gesammelten Materialien zur Ausarbeitung des Handbuches selbst benützen möchte.

D. R.

Anzeige.

In einigen Exemplaren der officiellen Ausgabe der bürgerlichen Proceßordnung vom Jahr 1832 — Verlag von Ch. Th. Groos — so wie in der von **Thilo** mit Erläuterungen herausgegebenen Proceßordnung von 1841 — Verlag von **Ch. Th. Groos** — enthält der §. 590 einen Druckfehler, indem es dort „**unvollständig**" statt „**vollständig**" heißen sollte.

Wiewohl dieser Druckfehler leicht entdeckbar ist, so mag es doch nicht zwecklos sein, denselben angedeutet zu haben.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath **Bayer** in Mannheim. — Drucker und Verleger: **Ch. Th. Groos.**

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. | Nro. 16. | Karlsruhe, den 17. April 1847.

I.

Oberhofgericht.

1) Ein unregelmäßiges Indossament gilt nur als Einzugsauftrag.

2) Die Acceptation des Bezogenen verleiht dem Wechselinhaber kein Klagrecht gegen denselben.

Zachmann gegen Stehle.

In Nr. 10 dieser Blätter sind mehrere Entscheidungen französischer Gerichte mitgetheilt, wornach unregelmäßige Indossamente sowohl als Auftrag zum Empfange, wie auch zur Uebertragung des Eigenthums der Wechsel angesehen wurden.

Dieser Praxis stehen unsere Landrechtsätze 2010 k und l entgegen, welche dem französischen Rechte fremd sind; daher die abweichenden Entscheidungen der badischen Gerichte, wovon hier ein Beispiel folgt.

Im December 1838 zog Steimig in Mannheim auf Stehle in Freiburg an eigene Ordre fünf Wechsel, jeden zu 500 fl., und indossirte sie an Zachmann in Offenburg, von welchem sie in regelmäßiger Form weiter indossirt worden sind.

Da Stehle bei Verfall keine Zahlung leistete, so gingen die protestirten Wechsel an Zachmann zurück.

Mittlerweile war Steimig gestorben und dessen Verlassenschaft in Gant gerathen, aus welcher Zachmann nur zu einem geringen Theil befriedigt ward. Er nahm daher seinen Rückgriff auf Stehle als Acceptanten und zwar zuerst mit einer Wechselklage, die das Untergericht angebrachtermaßen zurückwieß. Zachmann erhob hierauf eine neue Klage, womit er in erster und zweiter Instanz obsiegte.

Der Beklagte ergriff die Oberberufung und führte aus, daß der Kläger nicht zur Sache legitimirt sei, indem die Wechselzuschreibungen auf Zachmann weder Ort, noch Jahr noch Tag enthielten und daher nur als Einzugsauftrag, welcher nicht zum Klagen berechtige, gelten könnten.

Nach der mündlichen Verhandlung wurde der klägerische Sachwalter durch oberhofgerichtliche Verfügung vom 6. Juni 1845 zur bestimmten Erklärung darüber aufgefordert: ob die Annahme der fünf Wechsel von Seite des Beklagten erst erfolgte, nachdem die auf den Kläger lautenden Indossamente ausgestellt waren, oder ob die Wechselannahme vorher geschah?

Da der Kläger erklärte, die Annahme sei nach der Zuschreibung erfolgt und der Beklagte dies in Abrede stellte, so wurde dem Ersteren durch oberhofgerichtliches Zwischenurtheil vom 31. Oktober 1845 der Beweis seiner Behauptung auferlegt, indem man der Ansicht huldigte, daß aus der dem Indossament auf Zachmann nachgefolgten Acceptation des Bezogenen ein Klagrecht des Ersteren gegen den Letzteren erwachsen sei.

Bei der Schlußverhandlung über die angetretenen Beweise und Gegenbeweise verließ jedoch der Senat, in welchen mittlerweile drei neue Mitglieder eingetreten waren, die dem Zwischenerkenntniß zum Grunde liegende Ansicht und wies durch abänderndes Endurtheil vom 4. Februar 1847 den Kläger unter Verfällung in die Kosten aller drei Instanzen mit seiner Klage ab.

Gründe.

Da die auf den Kläger lautenden Indossamente der fraglichen fünf Wechsel weder mit Ort noch Tag und Jahr versehen sind, so bewirken sie keinen Rechtsübertrag, sondern gelten bloß als Einzugsauftrag. A. S. 137 und 138. Die Acceptation des Beklagten, sie mag vor oder nach Indossirung der Wechsel auf den Kläger erfolgt sein, kann daher höchstens nur die rechtliche Wirkung

haben, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber als Einzugs-Beauftragter anzusehen ist.

In dieser Eigenschaft steht aber dem Kläger keineswegs die Befugniß zu, die angewiesenen Forderungen gerichtlich auszuklagen. L. R. S. 2010. k. und l.

Es mußte daher die Klage, ohne Rücksicht auf die über den Zeitpunkt der Acceptation angetretenen Beweise, im Hinblick auf §. 406 der Proceßordnung sofort abgewiesen und hinsichtlich der Kosten nach §. 169 der Proceßordnung wie geschehen, erkannt werden. D. R.

II.

Zeitkauf — Lieferungsvertrag — Differenzgeschäft.

Gewöhnlich wird der Klage auf Erfüllung von Zeitkäufen oder Lieferungs-Verträgen die Einwendung entgegengehalten, diese seien nach unsern Gesetzen als Spiel oder Wette zu betrachten, und darum nicht klagbar. Das Stadamt Mannheim hat im Jahr 1846 dreimal Gelegenheit gehabt, sich über diese Frage auszusprechen, und hat jene Einwendung in allen Fällen verworfen, den betreffenden Vertrag vielmehr als Kauf, dessen Vollziehung vertagt sei, angesehen.

1) Das erste Urtheil ist den 23. April 1846 in folgendem Fall erlassen worden: Der verstorbene Lehrer Strasburger schloß mit dem Handlungshause W. C. Ladenburg und Söhne einen schriftlichen Vertrag, worin er sich verbindlich machte, innerhalb Jahresfrist 21,000 fl. 3%ige holländische Obligationen zum Cours von 78% zu beziehen, wogegen jenes Handlungshaus die Staatspapiere innerhalb Jahresfrist oder auch früher, wenn Straßburger es verlangte, gegen den baaren Betrag zum Cours von 78% und Vergütung der Zinsen zu liefern hatte. Ein gleicher Vertrag über die Lieferungvon 15,000 fl. 3½%igen holländischen Obligationen zum Cours von 91% war ebenfalls Gegenstand dieses Rechtsstreits.

2) Das zweite Urtheil ist den 27. April 1846 über einen ganz ähnlichen Vertrag ergangen, welchen derselbe Lehrer Strasburger über 13,000 fl. 3%ige holländischer Obligationen zum Cours von 78% mit dem Handlungshaus H. B. Hohenemser und Söhne abgeschlossen hatte.

Diese beiden Processe kamen nicht zur Cognition der höhern Gerichte, da die Erben des Lehrer Strasburger vorzogen, sich mit den beiden Handlungshäusern zu vergleichen.

3) Das dritte Urtheil ist den 19. Dezember 1846 zu Gunsten des Handlungshauses W. C. Ladenburg und Söhne gegen den Redakteur C. Schmelzer ergangen, über einen Vertrag, worin dieser sich verbindlich gemacht hatte, 10,000 Thaler Friedrich-Wilhelm-Nordbahn-Aktien, worauf 35% einbezahlt waren, innerhalb Jahresfrist oder auch früher, wenn er wollte, gegen den baaren Betrag von 5169 fl. 58 nebst Zinsen zu beziehen; in demselben Vertrag hatte er auch den Auftrag gegeben, die weitern Einzahlungen auf diese Aktien, welche statutenmäßig alle drei Monate mit 5% zu leisten sind, für seine Rechnung zu machen.

4) Ein ähnlicher Fall kam auch schon im Jahr 1844 zur Entscheidung: Handelsmann Maas kaufte am 1. Mai 1844 von Handelsmann Carlebach 40 Stück Berbacher Eisenbahn Aktien zu 104½; die Lieferung sollte nach der ersten Einzahlung geschehen. Diese erste Einzahlung wurde vom Verwaltungsrath auf den 15. Juni 1844 ausgeschrieben; Maas forderte daher am 16. die Lieferung, und da diese nicht erfolgte, ließ er den Kaufpreis durch einen Notar anbieten, und stellte dann eine Klage auf Lieferung des verkauften Objekts an, mit Vorbehalt der Entschädigung wegen verspäteter Lieferung. Es wurde auch hier die Einwendung, der Vertrag sei ein Spiel oder eine Wette, vorgebracht, aber schon durch Zwischenbescheid vom 1. Juli 1844 verworfen, und im Enderkenntniß vom 30. September 1844 die Verurtheilung von einem Eide des Beklagten abhängig gemacht, weil der Kläger den Vertragsabschluß anders nicht als durch Eid beweisen konnte.

5) Mit dieser constanten Praxis des hiesigen Stadamts stimmen auch diejenigen Urtheile der Obergerichte, welche bisher zur öffentlichen Kunde gelangten, überein. In den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von 1840 (5. Band) S. 125 — 164 sind die Urtheile aller drei Instanzen über einen durch einen Zeitkauf entstandenen Proceß vollständig mitgetheilt. Aus den Entscheidungsgründen ist ersichtlich, daß die Obergerichte mit dem hiesigen Stadtamt den Vertrag, dessen Form ebenfalls dort angegeben ist, als Kauf, dessen Vollzug hinausgeschoben ist, ansahen, und die Einwendung, er sei nur ein Spiel oder eine Wette, verwarfen.

6) Am interessantesten für unsere Frage ist die Entscheidung, welche das Großherzogliche Oberhofgericht den 27. November 1833, mitgetheilt in den neuen Jahrbüchern 1. Band S. 469., erlassen hat. Denn hier ist auf Zahlung einer Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Curs des Tags der Ablieferung erkannt worden, wiewohl der Gerichtshof annahm, daß unter den Partheien nicht ein Kauf von Staatspapieren, sondern nur die Herauszahlung des Cursunterschieds beabsichtigt gewesen sei. Man erkannte die Aehnlichkeit dieses Vertrags mit dem Spiel oder der Wette, und hielt die Klage dennoch für zuläßig, weil verbietende Gesetze nicht ausdehnend erklärt werden dürfen. Der Referent hatte besonders die Ansicht vertheidigt, daß der Differenz-Vertrag ein Hoffnungskauf (emtio spei) sei, aus welchem darum geklagt werden könne, weil auch zukünftige Sachen nach Art. 1130, 1598 Gegenstand des Kaufvertrags sein könnten. Zachariä handelt wirklich von dem Differenzvertrag gerade bei dem Hoffnungskauf im zweiten Band S. 359. (§. 351.) Ich halte jedoch diese Ansicht nicht für richtig. Bei dem Hoffnungskauf ist zwar die verkaufte Sache unbestimmt, aber der Kaufpreis bestimmt, während bei dem Differenzgeschäft, wenigstens wie man sich dieses gewöhnlich denkt, kein Preis bestimmt, vielmehr ungewiß ist, ob der Verkäufer überhaupt einen Preis erhält, und nicht sogar herauszahlen muß. So weit meine Erfahrung reicht, und soviel ich von Kaufleuten, welche schon viele Jahre Geschäfte in Staatspieren machen, erfahren habe, kommen auch eigentliche Differenzgeschäfte, von denen die Juristen sprechen, gar nicht vor; auch in dem oben erwähnten Fall waren 100 polnische Loose zu 63¼ Thaler per St. verkauft worden, und sollten sechs Wochen später geliefert werden. s. Jahrbücher I. S. 469. Wie dort erzählt wird, war der Engagementbrief am letzten Tag protestirt worden; die Protesturkunde selbst ist zwar nicht mitgetheilt, wer aber nur einigermaßen mit dem Verkehr in Frankfurt, wo der Protest erhoben wurde, bekannt ist, weiß auch, daß damit nichts Anderes gemeint ist, als das notarielle Anerbieten des einen Contrahenten zur Vertragserfüllung, wobei der Verkäufer die Staatspapiere, der Käufer das Geld dem Notar behändigt. Wenn nun in diesem Fall der Engagement-Brief, der nur von Lieferung jener polnischen Loose handelt, und die Protest-Urkunde, worin der Verkäufer die Lieferung dieser Loose nach Nummern angeboten hat, dem Gerichtshof vorlag, so sehe ich nicht ein, warum er das Geschäft, das sich ganz klar als Zeitkauf darstellt, als Differenzgeschäft ansah, und sich der undankbaren Mühe unterzog, diesen Vertrag unter einen juristischen Gesichtspunkt zu bringen. Bender in Giesen, der das bekannte Werk „der Verkehr mit Staatspapieren" herausgegeben hat, sagt ebenfalls §. 87. (S. 416), er habe unter einer nicht unbedeutenden Anzahl von Fällen nicht einen einzigen gefunden, in welchem der Schluß geradezu auf eine Differenz gestellt gewesen wäre, u. s. w. Auch die französischen Juristen erwähnen nicht, daß solche Verträge abgeschlossen werden, wenn es auch häufig vorkommen mag, daß die Parthien nicht die Lieferung der Papiere, sondern vielmehr die Zahlung einer Differenz beabsichtigen. Dieser Fall scheint auch allein gemeint zu sein, wenn von einem Differenzgeschäft geredet wird, und es ist daher dieses Geschäft nicht als ein besonderer Vertrag zu betrachten, sondern als ein Zeitkauf (marché à terme), welcher in einem einzelnen Fall unter jener eigenthümlichen Modifikation vorkommen kann. Wir werden in der Folge dieses Aufsatzes sehen, daß *Troplong*: „Des contrats aléatoires" diesen Gesichtspunkt bei Beurtheilung der Gültigkeit und Klagbarkeit der Zeitkäufe festgehalten wissen will. So viel wird übrigens Jedermann zugeben, daß, wenn auch Zeitkäufe unter jener Modifikation vorkommen können, und vielleicht auch häufig vorkommen mögen, diese Wahrnehmung keinen juristischen Grund abgeben kann, alle Zeitkäufe ohne Unterschied als Differenzgeschäfte anzusehen, und zu beurtheilen, daß vielmehr in jedem einzelnen Fall aus den besondern Umständen, Verhältnissen u. s. w. erst entnommen werden kann, ob die Partheien eine andere Absicht hatten, als aus dem Wortlaut des Vertrags hervorgeht. Nach dem Art. 1156 würde eine solche Absicht, wenn sie erwiesen werden kann, mehr gelten als der buchstäbliche Sinn der Worte des Vertrags. Es ist aber hierbei zu berücksichtigen, daß nicht die Absicht der einzelnen Vertragsperson in Betracht gezogen werden darf, sondern nur die gemeinschaftliche Absicht (la commune intention). Wenn z. B. in den oben erzählten ersten beiden Fällen auch nachgewiesen werden wollte, daß Lehrer Strasburger nicht in den Verhältnissen war, eine so große Anzahl von Staatspapieren zu kaufen, daß er daher nur auf die Curs-Differenz

habe spekuliren wollen, so würde der Richter diesen Umstand nicht in Betracht ziehen dürfen, so lange nicht auch nachgewiesen wird, daß der andere Contrahent die gleiche Absicht hatte. Man darf sich hierbei nicht etwa von den Urtheilen der französischen Gerichte oder von den Ansichten der französischen Schriftsteller leiten lassen; denn ich werde weiter unten zeigen, daß in Frankreich besondere Gesetze bestehen, durch welche die allgemeinen Dispositionen des Civilgesetzbuchs modificirt wurden. Es darf aber auch nicht übersehen werden, daß Art. 1156 in Baden einen Zusatz erhalten hat (Art. 1156 a.), der dem Richter sogar verbietet, die gemeinschaftliche Absicht außerhalb der Vertrags-Urkunde zu erheben, insolange diese klar und unzweideutig, oder wie das Gesetz sich ausdrückt, keiner Auslegung bedürftig ist. Die Zeitkäufe werden nun in der Regel nach einer feststehenden Form, die man aus den Jahrbüchern I. 469 und V. 125 (s. auch Bender l. c. S. 637) ersehen kann, abgeschlossen; diese ist klar und unzweideutig und bedarf keiner Auslegung. Der Eine verbindet sich, zur Lieferung bestimmter Staatspapiere (oder Waaren) zu einem bestimmten Preis, an einem bestimmten Tag oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums; der Andere zur Zahlung des verabredeten Kaufpreises. Man wird keine Zweideutigkeit, keine Unerklärlichkeit darin bemerken, folgeweise wird auch dem Badischen Richter nicht gestattet sein, diesem Vertrag eine andere Absicht, als aus dem Wortlaut hervorgeht, zu unterstellen. Werden aber diese Verträge nach ihrem Inhalt beurtheilt, so stellen sie sich als reine Käufe dar; der Eine verspricht, eine Sache zu eigen zu übergeben, der Andere, den stipulirten Preis zu zahlen. Art. 1582. Der Vollzug des Vertrags ist aufgeschoben; die Verbindlichkeiten der Contrahenten sind darum betagt. Art. 1185. Darin liegt durchaus nichts Verbotenes, noch etwas Auffallendes — das Gesetz gestattet in Art. 1584 bedingte Käufe, warum nicht auch betagte? Da jedoch gewöhnlich diese Käufe nicht über bestimmte Stücke, die etwa nach Nummern bezeichnet sein könnten, sondern über eine Anzahl, nur ihrer Gattung nach, bezeichneter Sachen (Staatspapiere, Waaren) abgeschlossen werden, so kann auch nicht die Wirkung des Art. 1583 bei ihnen eintreten, d. h. der Käufer kann nicht sofort Eigenthümer werden, sondern erst dann, wenn das Kaufobjekt ihm zugezählt worden ist. Art. 1585. Erst von dieser Zeit an trägt er die Gefahr nach dem Grundsatz: Casum sentit dominus wobei jedoch nur an die Gefahr, welcher die Substanz der Sache ausgesetzt ist, nicht aber an mögliche Preisverminderung, was die römischen Juristen nicht durch periculum, sondern durch incommodum ausdrücken, gedacht werden darf.

Thibaut. Pandektenrecht §. 173.

Tit. Pand. de Per. et Comm. rei vend. (18, 6).

Pardessus. Cours de droit commercial Nr. 297.

Hiernach kann an der Gültigkeit und Klagbarkeit der Zeitkäufe gar nicht gezweifelt werden, um so weniger, als Art. 1 des Handelsgesetzbuchs den Umsatz der Staatspapiere zu den Handelsgeschäften, also zu den erlaubten und klagbaren Verträgen zählt. Es werden freilich in Art. 90 ibid. noch besondere Verordnungen über die Einhandlung und den Rechtsübertrag der Staatspapiere vorbehalten; aber da diese bis jetzt nicht erschienen sind, so sind wir auf die allgemeinen Gesetze angewiesen, welche kein besonderes Verbot und keine Beschränkung irgend einer Art enthalten. Man könnte sogar in Art. 71 — 73 ibid. eine besondere Sanktion der Börsen-Geschäfte erblicken, da hier ausdrücklich bestimmt wird, daß von dem Erfolg dieser Geschäfte der laufende Preis (Curs) der Staatspapiere abhängt, und durch die angestellten Mäkler auch in gültiger Weise angegeben werden kann. Wenn hiergegen in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern I. S. 481 angeführt wird, daß der Gesetzgeber zur Zeit der Abfassung des Handelsgesetzbuchs schwerlich an diese Geschäfte gedacht habe, so ist dieses einerseits von keinem Belang, da die Gesetze immer, so weit ihre Disposition reicht, angewendet werden müssen (Art. 6. a.), andererseits erscheint es auch kaum glaublich, daß die Zeitkäufe in jener Zeit unbekannt waren, da in Frankreich schon in den Jahren 1724, 1784, 1793 und selbst im code pénal Art. 421, 422 Bestimmungen darüber erlassen wurden. Sollte endlich nicht auch daraus ein Grund für die Gültigkeit dieser Verträge hergeleitet werden können, daß unsere Finanzbehörden selbst mittelst Verkauf von Staatspapieren auf Zeit die bedeutenden Anlehen contrahirten, deren unser Staat zur Ausführung der Eisenbahn in den letzten sechs Jahren bedurfte? Nach dem Gesetz vom 11. Juni 1840 wurde die Amortisationskasse ermächtigt, hunderttausend Loose, die in 10 Terminen zu liefern waren, zu verkaufen. Nach dem Formular, welches der Bekannt-

machung des Großherzogl. Finanzministeriums vom 12. Juni 1840 (Regierungsblatt Nr. 14) beiliegt, hat diese Behörde mit den Anlehensunternehmern einen Lieferungsvertrag abgeschlossen, der von den gewöhnlichen Zeitkäufen in keiner wesentlichen Beziehung abweicht. Ebenso wurde nach dem Gesetz vom 21. Februar 1845 die Eisenbahnschulden-Tilgungskasse ermächtigt, ein Anlehen von 14 Millionen Gulden mittels Verkauf von Loosen, welche in 22 Raten vom Mai 1845 bis März 1847 zu liefern waren, aufzunehmen, in Folge dessen auch wirklich ein ähnlicher Vertrag mit mehreren Handlungshäusern abgeschlossen wurde. Man wird vielleicht sagen, unser Staat wollte kein Börsengeschäft abschließen, sondern ein Anlehen contrahiren; sein Vertrag könne daher nicht mit den gewöhnlichen Zeitkäufen auf Eine Stufe gestellt werden. So richtig diese Bemerkung rücksichtlich des Einen Contrahenten sein mag, so wenig findet sie auf den Andern eine Anwendung. Dieser konnte in der Art und Weise der Begebung des Anlehens Nichts Anderes erblicken, als einen Verkauf von Staatspapieren; sein Angebot mußte lediglich nach dem Preis derselben an der Börse und nach der Aussicht, sie dort wieder verkaufen zu können, richten.

Wenn daher auch der Eine Theil ein Anlehen beabsichtigte, so war es doch dem Andern nicht darum zu thun, lediglich den Darleiher zu machen; er hoffte vielmehr aus den ihm verkauften Staatspapieren einen höhern Preis zu erzielen, mithin einen Gewinn zu machen. Die gemeinschaftliche Absicht war nur die, einen Kauf über eine bestimmte Zahl von Staatspapieren abzuschließen, und da die Lieferung der Papiere in bestimmten Zeitabschnitten geschehen sollte, so kann der Jurist darin nichts Anders, als einen Zeitkauf erblicken. Wenn nun der Staat mit diesem Beispiel vorangeht, wie sollten Privatleute darin einen verbotenen Vertrag vermuthen können? Es scheint sogar Nichts widersprechender, als wenn der Staat, dessen ganzes Creditsystem sich auf Staatspapieren gründet, dem Handel mit denselben nicht allein in den Weg treten, sondern die deßfallsigen Verträge als null und nichtig betrachten wollte.

Zeitkäufe werden übrigens nicht in Staatspapieren allein, sondern auch in Waaren geschlossen, ja gewöhnlich können größere Waaren-Käufe nicht anders als auf Zeit geschehen, weil schon die Translokation großer Waarenmassen der Zeit bedarf. So z. B. schließen gerade jetzt Regierungen und Gemeinden mit Kaufleuten Verträge über Lieferung von Früchten auf kürzere oder längere Zeit. Die französische Regierung hat einen solchen Vertrag für den muthmaßlichen Bedarf von ganz Frankreich, über mehrere Millionen Hektoliter, mit einem einzigen Handlungshause abgeschlossen. Die Lieferung kann hier nur nach einer bestimmten Zeit geschehen, namentlich da bedungen ist, daß der Einkauf nicht in Frankreich statt finden darf. Ebenso hat die französische Regierung vor mehreren Jahren ein Anlehen von 400 Millionen Franken durch Verkauf von 3% Renten in zehn Monat-Raten lieferbar, bei einem einzigen Handlungshaus aufgenommen. Was sind diese Verträge anders als Zeitkäufe? Und wer will deren Gültigkeit und Klagbarkeit bestreiten? Es ist übrigens richtig, daß dieser Vertrag leichtsinnigen oder gewinnsichtigen Spekulanten ein bequemes Mittel bietet, weitaus über ihre Vermögenskräfte zu wagen, und daß der hieraus zuweilen entstehende leichte Gewinn so verführerisch wirkt, daß oft ganze Bevölkerungen ihre gewohnten Beschäftigungen verlassen, und sich diesem Handel zuwenden, wie wir dieses ganz vor kurzem in Berlin, sowie im Jahr 1837 in Paris gesehen haben. Die ungeheuren Verluste, welche gewöhnlich in Folge solcher weit getriebenen Spekulationen eintreten, veranlassen zuweilen die Gesetzgebung zum Einschreiten, was sowohl in der neuesten Zeit in Preußen, wie auch schon im Jahr 1724 in Frankreich, nachdem die bekannten Finanz-Operationen des berüchtigten Law den Ruin von vielen Tausenden herbeigeführt hatten, geschehen war. Ein arrêt du conseil, v. 24. September 1724 verbot alle Geschäfte auf Zeit in Staatspapieren. Es scheint aber, daß diese Verordnung bald in Vergessenheit gerieth, denn unter dem 7. August 1785 erschien ein neuer arrêt du conseil, welcher die Zeitkäufe in Staatspapieren wiederholt verbot, und überhaupt alle Käufe solcher Papiere für nichtig erklärte, wenn sie nicht von der wirklichen Ablieferung oder wenigstens Deponirung derselben begleitet waren. Ein arrêt vom 2. Oktober 1785 gestattete dagegen die Zeitkäufe, wenn nur bewiesen wurde, daß der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs Eigenthümer der Papiere war. Ein arrêt vom 22. September 1786 verbot die Zeitkäufe auf länger als zwei Monate. Ein Gesetz vom 28. vendémiaire an 4.

erklärt alle fingirten Verkäufe der Staatspapiere, namentlich aber die Käufe auf Zeit oder gegen Prämien, welche schon durch ältere Verordnungen verboten sind, für nichtig. Endlich enthält der code pénal Art. 421 und 422 Strafbestimmungen gegen Wetten auf das Steigen oder Fallen der Staatspapiere, und erklärt als Wette jede Uebereinkunft über den Verkauf oder die Lieferung von Staatspapieren, welche der Verkäufer zur Zeit des Abschlusses nicht besaß, oder zur Zeit der Lieferung nicht besitzen mußte.

Troplong. Des contrats aléatoires Nr. 103 — 122.

Merlin, Répertoire. mot: Marché à terme.

Schon Hohnhorst hat in den Jahrbüchern unter Hinweisung auf diese gesetzlichen Bestimmungen darauf aufmerksam gemacht, daß die Urtheile der französischen Gerichte für uns nicht maßgebend sein können. In der That gehen diese zuweilen auch so weit, daß sie die Mandatsklage bei derartigen Geschäften verwerfen, wie in folgendem Fall, der seiner Zeit großes Aufsehen erregt hat, geschehen ist. Ein Mäkler, Perdonnet, hatte im Auftrag des Grafen Forbin-Janson den 8. Sept. 1822 und 2. Januar 1823 hundertfünfzigtausend Franken Renten, Ende Januar 1823 zu liefern, gekauft. Die Renten fielen sehr bedeutend, und Forbin-Janson beauftragte seinen Mäkler, jene Renten am 1. Febr. wieder zu verkaufen. Aus dieser Operation ergab sich ein Verlust von 341,325 Franken. Zur Deckung dieses Verlusts beauftragte F. seinen Mäkler 300 Stück Canal-Aktien zu verkaufen, was dieser auch ausführte. Der Erlös betrug aber nur 60,325 Franken, es blieben daher noch 281,000 Franken zu decken. Da die Mäkler in Paris alle Händel unter persönlicher Verantwortlichkeit abschließen (s. Mollot. Des bourses de commerce. 20,348), so hatte Perdonnet den Verlust zahlen müssen, und stellte gegen seinen Mandanten eine Klage auf Ersatz jener Summe an. Das Handelsgericht in Paris verurtheilte den Beklagten, aber die cour royale wies die Klage ab, 9. August 1823, die nachgesuchte Cassation wurde den 11. August 1824 verworfen. Das Urtheil ist durch die oben angeführten Verordnungen motivirt. Dasselbe ist vollständig von Merlin, und nach den Hauptmotiven von Troplong, wie auch in den Sammlungen von Sirey und Dalloz mitgetheilt. Merlin untersucht namentlich auch die Frage, in wie fern die actio mandati begründet gewesen sei, und verneint sie, gestützt auf l. 6. §. 3. D. mandati (17. 1.) Mandatum rei turpis nullum est. Seitdem sind viele Urtheile in gleichem Sinn ergangen. Eines der jüngsten vom 26. Febr. 1845 mag hier einen Platz finden: Coste in Marseille verkaufte im Mai 1843 für Rechnung des Destillateur Cresp in Pertuis 380 Fäßchen Spiritus (genannt trois-six) zu liefern, theils im November, theils im December 1843, zum Preis von 44, 45 und 46 Franken per hectolitre. Der Spiritus stieg sehr bedeutend im Preis, was Cresp veranlaßte, den Coste in mehreren Briefen zu ersuchen, für ihn nach Umständen zu handeln, auch wenn er es angemessen finde, die gleiche Quantität Spiritus anzukaufen. Coste kaufte den 24. Nov. 1843 wirklich 380 Fäßchen zu 70 Franken per hectolitre, woraus sich ein Verlust von 57,000 Franken ergab, den er für Cresp auslegte. Dieser weigerte sich der Zahlung, wurde verklagt, von dem Handelsgericht verurtheilt, worauf er appellirte; aber die Cour royale d'Aix bestätigte 25. März 1844.

Sirey 1845. 2, 35.

In den Entscheidungsgründen erkennt der Gerichtshof zwar an, daß Cresp nicht die ernstliche Absicht hatte, Spiritus zu liefern, sondern nur auf das Fallen der Preise zu spekuliren, daß Coste auch darum gewußt habe, daß dieser daher nur Mandatar bei einem Spiel gewesen sei; daß aber nach Art. 1967 bezahlte Spielschulden nicht zurückgefordert werden können, daß hier die Zahlung durch Coste im Auftrag des Cresp geleistet worden, weßhalb dieser auch zum Ersatz gehalten sei, u. s. w.

Dieses Urtheil wurde aber den 26. Februar 1845 cassirt, weil der Auftrag sich auf einen verbotenen Vertrag bezogen habe, und der Auftrag zur Zahlung an denselben Mangel leide, mithin gleich dem ersten nichtig sei; weil es sich auch nicht um Rückforderung des bereits Bezahlten, sondern vielmehr um Zahlung des in einem verbotenen Vertrag Verlorenen handle, u. s. w.

Sirey 1845. 1, 161.

Diese Entscheidung des Cassationshofs mag insofern gerechtfertigt erscheinen, als die Cour royale das durch Coste abgeschlossene Geschäft für ein Spiel oder Wette erklärt hatte, und dem Cassationshof nicht zusteht, diesen auf den besondern Thatumständen des vorliegenden Falls beruhenden Ausspruch einer neuen Prüfung zu

unterwerfen. Er mußte also annehmen, Coste habe für Cresp gespielt, und die Spielschuld bezahlt. Troplong weist nun nach, daß zwar derjenige, welcher im Auftrag eines Andern eine Spielschuld zahle, die actio mandati habe, daß aber die Klage da nicht statt finde, wo der Mandatar zugleich für den Andern gespielt hat, oder bei dem Spiel betheiligt war.

Des Contrats aléatoires. Nr. 73, 74.

Er führt ein Urtheil des Cassationshofs vom 5. März 1834 an, welches die Klage eines Pariser Handlungshauses gegen ein auswärtiges Handlungshaus auf Zahlung der Verluste, welche aus einigen für dieses ausgeführten Zeitkäufen entstanden waren, zuließ. Ein ähnliches Urtheil ist den 30. November 1842 von demselben Gerichtshof in folgendem Fall erlassen worden: den 14. November 1838 war Coussy von Becq beauftragt worden, 65 Stück belgische Aktien auf Ende Dezember für ihn zu kaufen. Coussy vollzog den Auftrag, aber Becq weigerte sich, zu beziehen und zu zahlen. Er wurde aber den 25. Februar 1840 verurtheilt; dieses Urtheil von der Cour royale de Paris den 10. August 1840 bestätigt, und das Cassationsgesuch am 30. November 1842 verworfen.

Sirey 1843. 1, 897.

Wenn auch Zeitkäufe, sagt der Cassationshof, nach den arrêts du conseil und dem code pénal im allgemeinen als Spiel und Wette anzusehen sind, so können sie doch auch nach Umständen ernstlich und in gutem Glauben abgeschlossen sein, was gerade hier der Fall ist, u. s. w.

Merlin erzählt folgenden Fall: den 29. Juni 1809 ließ Jacques durch Bresson 10,000 Franken Renten, Ende Juli zu liefern, und am 1. Juli durch denselben einen gleich großen Betrag auf die nämliche Zeit kaufen. Ende Juli gab er Auftrag zum Verkauf der ersten 10,000 Franken; Bresson verkaufte aber auch den zweiten Betrag, weil J. sich nicht zur Empfangnahme stellte, und klagte die Differenz von 14,510 Franken nebst 1601 Fr. Commissionsgebühr ein. J. wendete ein, das Geschäft sei nicht klagbar, wurde aber verurtheilt; auf ergriffene Appellation wurde das Urtheil von der Cour roy. von Paris am 18. September 1812 bestätigt. Das Cassationsgesuch wurde den 22. Juni 1814 verworfen.

Wir haben hier also unter den nämlichen Voraussetzungen ganz verschiedene Urtheile, je nachdem die Cour royale aus den persönlichen Verhältnissen der Parteien, aus den producirten Urkunden, und aus den besondern Umständen die Ueberzeugung schöpfte, daß die Absicht der Contrahenten auf wirkliche Lieferung resp. Anschaffung der Kaufgegenstände, oder auf bloße Spekulation aus dem Steigen oder Fallen der Preise gerichtet war. Der Cassationshof darf nach seiner Bestimmung, welche ihm nur eine Prüfung der richtigen oder unrichtigen Anwendung der Gesetze gestattet, eine derartige Thatfrage keiner Kritik unterziehen; in dieser Beziehung entscheiden die königlichen Gerichtshöfe (souverainement) in letzter Instanz. Dies ist auch die Ansicht von *Troplong*, l. c. Nr. 142—150; er vindicirt den Gerichten die souveraine Gewalt zu prüfen, ob im einzelnen Fall ein ernstlicher oder fingirter Handel (marché sérieux ou fictif) beabsichtigt war, was aber an keinem bestimmten Merkmal, sondern nur aus den Umständen und Verhältnissen des einzelnen Falls zu erkennen sei. Er erklärt sich insbesondere dagegen, daß man da, wo eine Differenz eingeklagt wird, immer ein Börsenspiel unterstelle (Nr. 148). Er ist der Meinung, daß, wenn die eine Parthie am Verfalltag nicht erfüllt, die andere berechtigt ist, das Objekt zu kaufen, resp. zu verkaufen, und den Ersatz der Differenz zu fordern (Nr. 149). Auch haben die französischen Gerichte hieran nie den geringsten Anstoß genommen, wie man z. B. aus dem bei Sirey 1843. 1. 897 erzählten Fall ersehen kann. Selbst in den Fällen, wo die Klage abgewiesen wurde, geschah es nie aus dem Grunde, weil der Kläger nicht berechtigt gewesen sei, die Differenz zu fordern, sondern weil der eingegangene Vertrag für nicht klagbar gehalten wurde.

Nach dem Zeugniß von Bender l. c. §. 82 nota 6. (S. 398) läßt auch das Lübecker Oberappellationsgericht Differenzklagen unbedingt zu, wenn der Beklagte am Erfüllungstag die Erfüllung verweigert hat: so in einem Urtheil vom 21. Dec. 1825. Derselbe Schriftsteller führt in §. 83 nota 4. (S. 402) viele Urtheile des Frankfurter Stadtgerichts in gleichem Sinn an, und bemerkt, daß das dortige Appellationsgericht durchgreifend in diesem Sinn erkenne. Urtheil vom 3. Okt. 1823, vom 5. und 28. Mai 1824, vom 10. Januar 1825. Das Augsburger Stadtgericht habe ebenso erkannt am 25. Juli 1822, das Appellationsgericht daselbst am 14. Febr. 1821. Differenzklagen, sagt er weiter S. 406, sind unbedenklich zulässig in Preußen nach §. 360 und 983 des allgemeinen Landrechts, ferner in Sachsen.

vergl. Augustin, Vertheidigung des Handels mit Staatspapieren. Leipzig, 1825 S. 28.

Bei uns hat das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises sich für die Zulässigkeit erklärt am 4. August 1831, das Großherzogliche Oberhofgericht den 27. Nov.

1833. Oberhofgerichtl. Jahrbücher neue Folge I. S. 472 479. Beide Gerichtshöfe haben aber diese Ansicht wieder verlassen in dem Rechtsfall, der im fünften Band S. 125 vollständig mitgetheilt ist. Eine Kritik dieser letzten Entscheidungen findet man in den Annalen von 1844 Nr. 40.

Beurtheilt man die vorliegende Frage von der politischen Seite, so scheinen die Staaten, deren Creditsystem durchaus auf Staatspapieren beruht, und welche deßhalb öffentliche Börsen errichten, an denen unter ihren Augen und gewissermaßen unter ihrer Autorität, nämlich durch Vermittlung der von ihnen angestellten Mäkler, täglich für Hunderttausende in Staatspapieren umgesetzt werden, diese Staaten scheinen mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, wenn sie dem Handel in Staatspapieren Hindernisse in den Weg legen. Man sagt freilich, es sei nicht auf den reellen Handel, sondern auf das Spiel in Staatspapieren abgesehen. Hat aber nicht die Erfahrung in Frankreich, in England, in Preußen gelehrt, daß alle legislativen Maßregeln wirkungslos geblieben sind? Das Spiel, wie man es nennt, hat nicht allein fortgedauert, sondern hat sich noch ungemein vermehrt, weil die Staaten fortwährend neue Staatspapiere ausgegeben haben, und in neuester Zeit die Eisenbahnaktien dazu gekommen sind. Die Verbote haben dem Uebel nicht gesteuert, aber sie waren der Chikane, der Untreue, dem Leichtsinn ein willkommener Schutz, wenn das Glück ihnen den Rücken kehrte. Fragen wir, warum in den oben erwähnten Entscheidungen der französischen Gerichte Perdonnet und Coste mit ihren Klagen abgewiesen wurden, so ist keine andere Antwort zu finden, als die, daß Forbin-Janson und Cresp nach der Meinung der Gerichte Spieler waren. Weil ihre Absicht eine vom Gesetz verpönte war, werden sie vom Gesetz geschützt; hätten sie dagegen einen reellen Umsatz von Staatspapieren im Auge gehabt, dann wären sie verurtheilt worden. Das klingt paradox, ist aber leider nur allzu wahr. Wenn das Gesetz keine Klage aus Zeitkäufen gestattet, so kann der Spieler dreist spekuliren. Gewinnt er, gut, so muß sein ehrlicher Contrahent zahlen; verliert er, so kann man ihm nichts anhaben. Es giebt bekannte Leute in Paris, welche ungeheure Spekulationen machen, dabei aber die Maxime hegen und sogar bekennen, daß sie die verlorenen Differenzen nur so lange zahlen, als ihnen eine bestimmte Summe (eine halbe oder eine ganze Million) frei bleibt. So wie sie diese Summe angreifen müßten, hören sie auf, zu zahlen; trotz ihres enormen Vermögens ist ihnen Nichts anzuhaben, denn sie haben gespielt. Derselbe Fall ist vor mehreren Jahren in Augsburg vorgekommen. Wollte man gegen die Spieler wirksam einschreiten, so müßte man, meines Erachtens, den entgegengesetzten Weg einschlagen, die Klagen gegen sie zulassen damit sie die Folgen ihrer Wagnisse büßen. Man könnte mir entgegnen, ich müßte consequenter Weise auch die Klagen aus andern verpönten Hazardspielen zulassen. Dieser Einwurf scheint mir aber nicht begründet. Hazardspiele sind an und für sich verboten; alle bei solchem Spiel Betheiligten versiren in pari turpitudine. Anders ist es bei dem Handel mit Staatspapieren, Früchten, Waaren etc. Dieser ist an sich erlaubt; der Staat begünstigt ihn durch Errichtung von Börsen, durch öffentlich angestellte Mäkler u. s. w. Wer einen solchen Handel abschließt, handelt keinem Staatsverbot zuwider. Wenn nun aber Jemand ein erlaubtes Geschäft dazu benutzt, um unerlaubte Zwecke damit zu erreichen, warum soll sein Contrahent darunter leiden müssen? Wie ist es diesem möglich, zu wissen, ob der Andere eine reelle oder unlautere Absicht hat? Die Unterscheidung zwischen jeux de bourse und marchés à terme, welche die französischen Schriftsteller mit Troplong allgemein aufstellen,

vergl. *Merlin*. Repertoire. Mot: Marché à terme.
Mollot. Bourses de commerce. Nr. 322.
Dictionnaire du droit comm. mot: Jeu de bourse.

mag sich nach der französischen Gesetzgebung rechtfertigen lassen, aber diese Gesetzgebung selbst scheint mir unpolitisch, und verwerflich, weil sie die Unredlichkeit gegen den Redlichen in Schutz nimmt. Auch gesteht Troplong Nr. 106 und 125 selbst zu, daß die französischen Gesetze eigentlich nur den Staats-Credit schützen wollten, und darum nur gegen die Verkäufe, welche den Curs drücken könnten, nicht aber gegen die Käufe gerichtet sind. Die ersten Pariser Kaufleute haben bei Gelegenheit des Processes Perdonnet gegen Forbin-Janson ein Gutachten abgegeben, welches kurz und treffend ausführt,

1) daß die Zeitkäufe, wie sie an der Pariser Börse vorkommen, wirkliche (reelle) Käufe sind, indem der Eine eine Sache zu liefern, der Andere den Preis zu zahlen verspricht,
2) daß sie auch durchgängig mittelst wirklicher Ablieferung der Stücke realisirt werden,
3) daß sie dem Staatscredit ebenso nothwendig, als dem Handel nützlich,
4) daß daher die Ansichten der cour royale von Paris dem Interesse sowohl des Staats wie des Handels in gleicher Weise nachtheilig seien.

Man findet dieses Gutachten bei Troplong in einer Note der Brüssler Ausgabe zu Nr. 131., so wie bei Mollot im Anhang Nr. XIII. Durch dasselbe wird auch bestätigt, was ich oben anführte, daß nämlich die s. g. Differenzverträge nirgends vorkommen, indem bei allen Zeitkäufen ohne Unterschied die wirkliche Ablieferung des verkauften Objekts begehrt werden kann. Wenn in einzelnen Fällen die Herauszahlung einer Differenz statt der wirklichen Ablieferung statt findet, so ist unter den Parthieen ein neuer Vertrag zu Stande gekommen, welcher freilich dadurch sehr erleichtert wird, daß die Staatspapiere einen Tages-Curs haben, zu welchem die Parthieen sie an Andere verkaufen oder von Andern kaufen können. Man darf darum nicht aus diesem nachfolgenden Vertrag den Schluß ziehen, daß ursprünglich, bei Abschließung des Zeitkaufs, Nichts anderes als die Herauszahlung einer Differenz von den Parteien beabsichtigt worden sei.

Dr. Ladenburg.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. — Nro. 17. — Karlsruhe, den 24. April 1847.

I.

Oberhofgericht.

Rekursbeschwerde des Angeklagten, gegen die Verfügung, daß nach dem Verzicht des Anklägers auf den Strafvollzug das auf diesen gerichtete Begehren des Angeklagten nicht stattfinde.

v. Str. gegen v. B.

Der Ankläger erwirkte gegen den Angeklagten wegen Ehrenkränkung ein auf sechstägiges Gefängniß lautendes Strafurtheil. Nach eingetretener Rechtskraft erklärte der Ankläger: er verzichte auf den Vollzug, da es ihm nicht um Rache, sondern nur darum zu thun gewesen sei, daß zwischen ihm und dem Angeklagten richteramtlich ausgesprochen werde, wer Recht habe. Das Hofgericht theilte dem Angeklagten diese Erklärung des Anklägers zur Kenntnißnahme mit. Darauf gab der Angeklagte die Erklärung ab: er sei nicht gesonnen, vom Ankläger eine Gnade anzunehmen, bestehe daher auf dem Vollzug des Urtheils und bitte um Anordnung desselben; dabei führte er aus, daß nach gefälltem Urtheil der Ankläger nicht mehr über den Vollzug oder Nichtvollzug zu verfügen habe. — Das Hofgericht des Unterrheinkreises wies das Gesuch des Angeklagten deßhalb als unstatthaft zurück, weil in Ehrenkränkungssachen der Strafvollzug nur auf Antrag des Anklägers stattfinde hier aber der Ankläger auf denselben verzichtet habe. *) Dagegen rekurrirte der Angeklagte an das Großherzogliche Oberhofgericht, welches (I. S.) unterm 3. März d. J. die Beschwerde als

*) Diese Ansicht dürfte sich nach den Grundsätzen unseres dermaligen Strafrechts nicht rechtfertigen lassen. Zwar werden nach §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes Ehrenkränkungen und Verläumdungen nur auf die Klage des Beleidigten bestraft. Daraus folgt aber nicht, daß, wenn der Ankläger die Sache bis zum Urtheile verfolgt hat, er auch den Vollzug desselben, wenn es gegen den Angeklagten ausgefallen, in der Hand habe; vielmehr ergibt sich daraus, daß in einfachen Ehrenkränkungs-Sachen das gewöhnliche Strafverfahren nach Art des Beschuldigungsprocesses (§. 8. des 8. Organisationsedikts) einzutreten hat, soweit nicht das Gesetz über Ehrenkränkung oder die Instruktivverordnung vom 17. Februar 1822 eine Aenderung vorschreibt, gerade der entgegengesetzte Schluß S. Oberhofgerichtl. Jahrbücher N. F. Bd. I. S. 255 — 258. (Staatsministerial-Erlaß vom 23. April 1832 und oberhofgerichtliches Publikandum.) Die Praxis hat sich, so viel mir bekannt, im Allgemeinen auch jenem Staatsministerialerlasse konform dahin gebildet, daß das Urtheil vollzogen wird ohne alles Zuthun des Anklägers. — Nach der neuen Strafproceßordnung (§. 343), welche dem Anklageprincip überhaupt sowohl als der Privatanklage insbesondere eine breitere Basis gibt, erfolgt der Vollzug alsdann nicht, wenn der Ankläger innerhalb 4 Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, darauf verzichtet. **) D. E.

**) Aus der gesetzlichen Bestimmung, daß Ehrenkränkungen und Verläumdungen nur auf die Klage des Beleidigten bestraft werden, folgt von selbst die privatrechtliche Natur der Injurienstrafen, sie mögen in Gefängniß, Geldbuße oder Verweis bestehen.
Kann der Beleidigte die ihm widerfahrene Unbild dadurch straflos machen, daß er nicht klagt, so muß ihm folgerichtig auch freistehen, auf den Vollzug einer nur in seinem Interesse erkannten Strafe zu verzichten, wenn er schon in dem bloßen Ausspruch des Richters, daß der Angeklagte strafbar sei, hinreichende Genugthuung findet. Man hat auch bei der Berathung des §. 343 der Strafproceßordnung als ausgemacht und sich von selbst verstehend angenommen, daß in Fällen, wo das Strafverfahren auf Anklage des Verletzten eintrat, die Vollstreckung des Urtheils nur auf dessen Antrag statt finde. Damit aber der Verurtheilte nicht die ganze Verjährungszeit hindurch im Ungewissen bleibe, ob er die Strafe erstehen muß oder nicht, hat der Gesetzgeber die Vermuthung geschaffen, daß der Ankläger die Strafe vollzogen wissen wolle, wenn er nicht innerhalb 4 Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, auf den Vollzug verzichte.
Selbst das neue Gesetz hat also nicht einmal für nöthig erachtet, dem Ankläger das in der Natur der Sache begründete Recht des Verzichts auf den Strafvollzug erst zu verleihen, sondern es hat in der Unterstellung dieses Rechts nur eine Frist zur Anzeige des Verzichts bestimmt, um allenfallsigen Chikanen des Anklägers ein Ziel zu setzen
Wir werden daher nicht irre gehen, wenn wir die hofgerichtliche Ansicht in diesem Punkte für die allein richtige halten. D. R.

unstatthaft verwarf, weil Rekurrent durch die hofgerichtliche Verbescheidung nicht als beschwert erscheine und darüber, ob dieselbe an sich richtig oder unrichtig sei, nur dem Staatsanwalte im öffentlichen Interesse eine Beschwerde zugestanden hätte *). Zentner.

II.

Ehescheidung wegen Wahnsinn.

Vertretung des beklagten Ehegatten und Meldschein.

Das Landrecht hat im Zusatz 232 a. von den in der Eheordnung §. 43 aufgestellten Ehescheidungsursachen auch die einer dreijährigen Wahnsinnigkeit beibehalten, ohne jedoch über das Verfahren und namentlich über die Vertretung des wahnsinnigen Ehetheils eine Bestimmung zu treffen.

Hat dieser Ehegatte bereits einen Vormund, dem als solchen nach Landrechtsatz 450 auch die Sorge für die Person und deren gerichtliche Vertretung obliegt, so hat die Sache keine Schwierigkeit, indem alsdann außer dem wahnsinnigen Ehegatten auch der Vormund zur Verhandlung beigezogen werden muß.

Es ist aber schon mehrmal der Fall vorgekommen, daß der beklagte Ehegatte keinen Vormund oder nur einen zu einzelnen Handlungen berechtigten Rechtsbeistand hatte und nun entstand die Frage, ob mit einer solchen Person gerade so als ob sie vollkommen rechtsfähig wäre, verhandelt oder wie für ihre Vertretung gesorgt werden soll?

Als rathsam wurde anerkannt, daß der die Scheidungsverhandlung leitende Unterrichter den klagenden Ehegatten zu bestimmen sucht, vor der Verfolgung seiner Scheidungsklage die Entmündigung des beklagten Ehegatten und Aufstellung eines Vormunds bei der zuständigen Administrativbehörde zu erwirken: auch wird der Unterrichter, wie nach dem II. Einführungsedikt §. 22 jede Behörde, berechtigt sein, von Amtswegen die betreffende Stelle von dem Zustand des Wahnsinnigen in Kenntniß zu setzen, um die Bevormundung herbeizuführen; er ist vielleicht bis zur völligen Trennung der Justiz von der Administration selbst in dem Fall, die Entmündigung einzuleiten. Allein ebenso unzweifelhaft ist auch, daß der klagende Ehegatte nicht gezwungen werden kann, vorerst jenen Weg zu betreten und daß der Unterrichter nicht berechtigt ist, zu diesem Zweck die Scheidungsverhandlung auszusetzen, da das Gesetz die Scheidungsklage nirgends an eine solche Vorbedingung knüpft. Zudem kann der Fall eintreten, daß die Administrativbehörde den Zustand nicht zur Entmündigung geeignet findet und sie versagt. Wenn gleichwohl der Unterrichter, welcher natürlich an die Ansicht der Administrativbehörde nicht gebunden ist, die Ueberzeugung schöpft und das Hofgericht als Ehegericht solche theilt, daß der Beklagte wahnsinnig ist und es sogar schon seit drei Jahren war, so würde es einen Widerspruch in sich selbst enthalten, wenn das Ehegericht auf den Grund einer lediglich mit dem Wahnsinnigen gepflogenen Verhandlung das Urtheil erlassen solches dem darin als wahnsinnig Anerkannten eröffnen und ihm die Appellationsergreifung oder Versäumung anheimstellen wollte.

Bei gewöhnlichen Rechtsstreitigkeiten über Mein und Dein hält sich freilich der Richter an den Grundsatz, daß Jedermann rechtsfähig sei, der Gegenstand ist minder wichtig und dem Verletzten sind Mittel zur Anfechtung gegeben, selbst die Entmündigung kann wieder aufgehoben werden. Aber die Ehescheidung ändert das wichtigste Lebensverhältniß, eine der Grundlagen der öffentlichen Ordnung, für immer, mag die Ursache z. B. der Wahnsinn später aufhören oder nicht und sie berührt nebstdem den ganzen mit den Rechten Dritter zusammenhängenden Vermögensstand; hier kann es die Absicht des Gesetzes nicht sein, ein Verfahren zuzulassen, welches die Rechtsbeständigkeit der darauf gebauten Entscheidung zweifelhaft läßt, keine Gewähr ihrer Richtigkeit in sich selbst trägt. Diese Rücksichten machen es nöthig, daß der Richter da,

---

*) Die Richtigkeit dieses Satzes dürfte sich bezweifeln lassen.

In solchen Ehrenkränkungssachen nämlich, wo Privatkläger aufgetreten sind, ist dem Staatsanwalt überall kein Rechtsmittel eingeräumt. Nur die Parteien selbst können in dergleichen Fällen den höheren Richter angehen.

Bloß in Ansehung der durch die Presse verübten Ehrenkränkungen hat der Staatsanwalt, auch wenn die Klage nicht von ihm erhoben wurde, das Recht, bei der mündlichen Verhandlung im Interesse des Gesetzes das Wort zu ergreifen. Ein Rechtsmittel steht ihm aber nur da zu, wo er selbst als Ankläger eingeschritten oder wo ein von Amtswegen gerichtlich zu verfolgendes Verbrechen oder Vergehen, welches sich zur hofgerichtlichen Aburtheilung eignet, in Frage ist. D. R.

wo die Administrativbehörde noch keine Bevormundung angeordnet hat oder sie nicht anordnen will, selbst Vorkehr treffe und zwar schon im Anfang des Scheidungsverfahrens, sobald sich der behauptete Zustand als wahrscheinlich herausstellt, weil oft später z. B. wegen Absterben von Gegenbeweiszeugen nicht mehr zu helfen ist.

Eine ausdrückliche Bestimmung ist zwar in den Gesetzen nicht vorhanden. Daß aber eine solche Vorsorge (abgesehen einstweilen von der Zuständigkeit der Behörden) in der Absicht des Gesetzes liegt, ergiebt sich schon aus den Vorschriften über die Entmündigung, indem der Landrechtsatz 497 die Behörde ermächtigt, schon im Laufe des Verfahrens gleich nach dem ersten Verhör einen fürsorglichen Verwalter für die Person und das Vermögen des zu Entmündigenden aufzustellen, der also schon bei dem Entmündigungsverfahren selbst mitzuwirken hat. Was aber von der der Wiederaufhebung fähigen Entmündigung gilt, muß wohl um so mehr von der Scheidung wegen Wahnsinns gelten, bei welcher ebenso wie dort der Geisteszustand einer Person Gegenstand der Verhandlung ist. Einen festern Anhaltspunkt giebt aber noch die Eheordnung selbst in §. 64, indem sie dort für das Scheidungsverfahren mit einem Abwesenden bestimmt, daß demselben ein Rechtsfürsprecher geordnet werden möge. Gewiß bietet der Fall einer Abwesenheit mit dem einer Geisteszerüttung (Geistesabwesenheit) eine vollkommene Analogie dar, indem das Gesetz zu erkennen giebt, daß es ein Scheidungsverfahren gegen einen Ehegatten, der zu seiner Vertretung absolut außer Stand ist, nicht zulassen will. Es erkennt aber zugleich an, daß wenn auch die Bevormundung in der Regel Sache der Administrativ-(Polizei)-Behörde ist, es doch Fälle giebt, in welchen die Bevormundung mit dem gerichtlichen Verfahren so enge zusammenhängt, daß eine Trennung nicht stattfinden kann, ohne den Zweck zu vereiteln oder hemmende Konflikte zwischen den Gerichten und den andern Behörden herbeizuführen *); es ertheilt daher ausnahmsweise den Gerichten die Ermächtigung, für die Berathung und Vertretung des wahnsinnigen Ehegatten zu sorgen, soweit es nicht von den Administrativbehörden geschehen ist, da Rechtsfürsprecher nur von den Gerichten aufgestellt werden können und diese für einen besondern Zweck aufgestellten Vertreter keine allgemeine Abwesenheitspfleger sind und sein sollen.

*) Das Gleiche gilt von den in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach Proceßordnung §. 274 und 384 c. aufzustellenden Pflegern für Behändigungen an Inländer, deren Aufenthaltsort unbekannt ist. D. E.

Gleichwohl bringt es schon der Zweck eines für einen Abwesenden oder Wahnsinnigen aufzustellenden Rechtsfürsprechers mit sich, daß seine Aufgabe weiter geht, als nur processualische Handlungen vorzunehmen oder zu assistiren, sondern daß er ähnlich einem tutor ad hoc für Aufbringung von Gegenbeweisen, Einlegung von Rechtsmitteln, überhaupt für Alles zu sorgen hat, was dem Interesse seiner Partei bei dem Scheidungsverfahren entspricht. Auch versteht sich von selbst, daß der Fürsprecher nicht allein, sondern stets auch der beklagte Ehegatte, soweit es nur immer thunlich ist, zum Verfahren beigezogen werden muß, da es von besonderer Wichtigkeit ist, durch dessen Benehmen vor Gericht allseitige Aufklärung über seinen Zustand zu erhalten.

Da übrigens die Mitwirkung des Fürsprechers zum Verfahren gehört, so wird es Sache des Unterrichters sein, für dessen Aufstellung zu sorgen, was auch nach dem neuen Gesetz über die Gerichtsverfassung vom 6. März 1846 keinem Anstand unterliegt, da nach §. 26 der Amtsrichter die Scheidungsverhandlung zum Urtheil reif vorzulegen hat.

Nach dieser Ansicht hat das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises seither verfahren und das Großh. Oberhofgericht hat im Jahr 1840 in einem Falle (Denzel gegen Denzel) in den Entscheidungsgründen seine Billigung darüber ausgesprochen. Nach dem neuen Gesetz über die Gerichtsverfassung wird um so mehr für die Aufstellung eines gerichtlichen Vertreters zu sorgen sein, da nach §. 26 mit §. 23 und 24 eine mündliche Schlußverhandlung stattfindet.

Bei der bevorstehenden Trennung der Justiz von der Administration dürfte die hier besprochene Frage Berücksichtigung verdienen.

Bei dieser Art Ehescheidungen hat sich noch die Frage erhoben, ob ein pfarramtlicher Meldschein nöthig sei. Man hat schon von einer Nachholung Umgang genommen, weil, wenn der Wahnsinn nicht dargethan ist, es darauf nicht ankommt und bei vollem Beweise dieses Zu-

stands von einer eigentlichen Versöhnung keine Rede sein könne. Richtig wird nun zwar das Verfahren wegen dieses Mangels nicht sein; allein da sowohl die Eheordnung §. 62 als das neue Gesetz über die Gerichtsverfassung §. 26 auch für diese Scheidungsart die Beibringung eines Meldscheins fordern und eine Versöhnung wohl in dem Sinne denkbar ist, daß der klagende Ehegatte etwa in der Hoffnung einer künftigen Wiederherstellung des Beklagten sich zur fernern Duldung und Pflege versteht, so sollte die gesetzliche Vorschrift nicht außer Acht belassen und insbesondere sogleich auf Beibringung des Meldscheins mit der Klage bestanden werden, indem durch eine Nachholung selten der Zweck erreicht wird.

Hofgerichtsrath Schmidt. *)

III.

Wie ist die Rechtsregel: qui excipit, non fatetur, zu verstehen?

Der Satz: qui excipit, non fatetur gehört zu den bekanntesten Rechtsregeln und äußert in Beurtheilung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten wichtige Folgen. In dem gemeinen Recht ist jener Satz deutlich ausgesprochen:

Exceptionem objiciens de intentione partis adversae non intelligitur fuisse confessus sagt das kanonische Recht in Cap. 6. X. de exceptionib., und so auch das römische Recht: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii, quocum agitur, quia exceptione utitur. l. 9. D. de exceptionib.

Unsere Proceßordnung enthält keine ähnliche Bestimmung, wenn man sie nicht in der Vorschrift des §. 400 findet. Indessen ist obige Rechtsregel in der Natur der Einreden so sehr gegründet, daß sie einer Bestätigung durch positive Gesetze nicht einmal bedarf. „Wer, sagt Gönner in seinem Handbuch des Processes II. Band S. 226, eine Einrede dem Anspruche entgegensetzt, hat in diesem Augenblicke die Wahrheit des Anspruchs gar nicht vor Augen; er läßt die Wahrheit der Umstände, worauf der Gegner seine Klage baute, in ihrem Werthe und Unwerthe ruhen, und beruft sich auf andere Thatsachen, wodurch das Recht seines Gegners auf allen Fall zerstört wird; man hat also bei der Einrede keine Absicht, die Wahrheit des gegentheiligen Vorbringens einzuräumen."

In Gemäßheit jener Regel darf also der Richter, den Fall des Ungehorsams ausgenommen, nur dasjenige als zugestanden annehmen, was die Partei, gegen die es gelten soll, durch ausdrückliche und bestimmte Erklärung anerkannt hat. Der Beklagte kann z. B. Einreden vorschützen, woraus sich wohl folgern lassen dürfte, daß an sich der faktische Grund der Klage dadurch zugestanden sei. Wer einwendet, die Forderung des Klägers schon bezahlt zu haben, scheint ein Bekenntniß der Forderung selbst abzulegen, da man doch nicht zahlt, was man nicht schuldet. Allein durchaus richtig ist diese Folgerung nicht; denn man kann indebite gezahlt haben, und da die Einreden dem Beklagten nur für den Fall zu Gute kommen sollen, wenn der Kläger erst vorher seinen Anspruch bewiesen hat, so würde es gerade gegen diesen Zweck und gegen die Absicht des Beklagten verstoßen, wenn man gleichwohl seine Einreden selbst wider ihn gebrauchen und eine Anerkennung des Klaggrundes daraus herleiten wollte.

Uebrigens hat die angeführte Rechtsregel nur die Bedeutung, daß durch die Einrede des Beklagten der Klaggrund selbst noch nicht zugestanden sei. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß der Kläger die Behauptung des Beklagten nun gar nicht nutzen, noch irgend eine rechtliche Folgerung für sich daraus herleiten dürfe. Unstreitig kann der Kläger die Thatsachen gerade so, wie sie der Beklagte zur Begründung seiner Einreden bestimmt anführt, als zugestanden zum Grunde legen, wenn daraus für ihn rechtliche Folgen abgeleitet werden können.

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß, dritte Ausgabe mit Anmerkungen und Zusätzen von Heffter S. 56 ff.

Nach dieser Ansicht wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises in Sachen Bächle gegen Metzler, Forderung betreff., durch Urtheil vom 17. März v. J. erkannt. In diesem Rechtsfalle erhob der Kläger gegen den Beklagten eine Klage aus Bürgschaft. Der Beklagte stellte den Klagvortrag in Abrede, setzte aber der Klage

*) Nur die mit „F. P. Schmidt" in den frühern Jahrgängen der Annalen und des Beiblatts enthaltenen Aufsätze sind von diesem Verfasser, die mit „Schmidt" unterzeichneten nicht.

D. Red.

Einreden entgegen, welche theilweise ein Geständniß des Klaggrundes enthielten. Gleichwohl erkannte der Unterrichter auf Beweis der Klage und der Einreden, sodann nach geschlossenem Beweisverfahren auf Ausschwörung des Abläugnungseides in Betreff der Schuld und Bürgschaftsurkunde, so wie auch auf Leistung des Eides in Ansehung der Einreden. Der Kläger verlangte in der Appellationsbeschwerde, daß nur wegen der Einreden auf Eid erkannt werden sollte. Und diesem Begehren wurde durch das oben erwähnte hofgerichtliche Urtheil entsprochen. Die Entscheidungsgründe, welche auch das Thatsächliche des Rechtsfalles enthalten, lauten wie folgt:

Auf die gegen den Beklagten als Bürgen für ein dem Johann Binninger am 4. Juni 1837 gegebenes verzinsliches Darlehen von 400 fl. erhobene Klage hat jener in der Vernehmlassung zwar mit Nichtwissen geantwortet, ob Johann Binninger über ein solches Darlehen eine Schuldurkunde am 4. Juni 1837 ausgestellt habe, und daß er, der Beklagte, bei dem Abschlusse des Darleihvertrages sich als Bürge verpflichtet habe. Allein die eigentlich entscheidende Thatsache, daß Johann Binninger im Sommer 1837 ein Darlehen von 400 fl. von dem Kläger erhalten, und er, der Beklagte sich für dessen Rückzahlung verbürgt habe, hat der Beklagte im Fortgange seiner Vernehmlassung in Verbindung mit dem Zusatze, daß er nur für die Zeit von sechs Wochen die Bürgschaft übernommen habe, selbst vorgetragen und in der Beweisantretung vom 29. Mai 1845 in Uebereinstimmung mit dem Klagvortrag dahin näher wiederholt, daß der Hauptschuldner, Binninger, unterm 4. Juni 1837 über die Schuld wirklich auch eine Urkunde ausgestellt, und er der Beklagte solche als Bürge gleichfalls unterzeichnet habe.

Es ist also die anfänglich geläugnete Verbürgung hinterher von dem Beklagten selbst als eine wahre Thatsache wiederholt angeführt worden und da diese eigene Behauptung des Beklagten im direkten Widerspruch mit dem Läugnen steht, auch bis jetzt die Bejahung jener Thatsache nicht auf gesetzliche Weise widerrufen wurde, so leuchtet von selbst ein, daß die Verneinung entweder gegen besseres Wissen, also unredlicher Weise erfolgt sein muß, oder daß sie sich nur auf den ganz unerheblichen Umstand „ob beim Abschlusse des Darlehens die Bürgschaft übernommen wurde,“ beziehen kann. Der appellatische Theil behauptet zwar, es sei eine solche Einlassung der Regel: qui excipit, non fatetur — ganz angemessen und demzufolge der Klaggrund als widersprochen anzusehen.

Jene Regel hat jedoch schon gemeinrechtlich keine solche Bedeutung vermöge welcher das Läugnen und Bejahen einer Thatsache „nebeneinander und zu gleicher Zeit“ zulässig wäre und somit die Gefährde offen begünstiget, dagegen die processualische Pflicht zur Wahrheit und Redlichkeit geradezu aufgehoben würde. Nur soviel ist nach jener Regel richtig, daß der Vortrag von Thatsachen, welche wahr sein können, obwohl die gegnerischen Behauptungen als widersprochen angesehen werden, wie z. B. die Zahlung richtig sein kann, wenn auch die Forderung nicht existirte, ein Geständniß der gegnerischen Behauptungen selbst dann nicht in sich schließe, wenn diese nicht ausdrücklich widersprochen sind. Dagegen können ein reines Läugnen und ein, wenn auch qualificirtes Geständniß nicht nebeneinander bestehen, sondern das letztere ist allein maaßgebend und es kommt nur darauf an, welche Grundsätze über die Beweislast bei dem beschränkten Geständnisse gelten. Im vorliegenden Fall wurde das Geständniß der Verbürgung durch den Beisatz beschränkt, daß solche nur auf sechs Wochen geschehen sei, und nach §. 401 der Proceßordnung ist es der Beklagte, welcher diese Beschränkung zu erweisen hatte.

Diese Beschränkung ist jedoch zurückgenommen worden und das Geständniß gilt daher als ein unbeschränktes; keineswegs aber ist es dadurch seinem ganzen Inhalte nach aufgehoben worden.

Hiernach bedarf der Klaggrund keines weitern Beweises und der Appellant hat in seinem Begehren mit Recht verlangt, daß nur wegen der Einreden auf Eid erkannt werde. Nachdem jedoch die Einrede der Wettschlagung, wegen einer Gegenforderung von 100 fl. gleichfalls zurückgenommen ist, so steht der eingeklagten Forderung nur noch die Einrede der Zahlung von 97 fl. 12 kr. durch eine Weinlieferung des Hauptschuldners entgegen. Den Mehrbetrag der Bürgschaftsforderung von 302 fl. 48 kr. mit Zinsen betrifft diese Einrede nicht, weßhalb der Beklagte rücksichtlich desselben nach dem Begehren der Beschwerdeschrift unbedingt zur Zahlung verurtheilt wurde. Ueber jene Zahlung hat der Beklagte dem Kläger den Eid zugeschoben und dieser hat ihn angenommen.

Der Beklagte bittet nun um Berichtigung und beschwert sich eventuell rücksichtlich der Eidesformel, indem diese durch ein Versehen in dem unterrichterlichen Beweiserkenntniß veranlaßt, dahin im Urtheile gefaßt sei, als habe der Kläger von dem Beklagten die sechs Ohm Wein erhalten, während, wie im Einredevortrag behauptet, der Hauptschuldner Johann Binninger solche geliefert habe.

Diese Angabe ist aktenmäßig richtig. Es steht kein Grund entgegen, wenn in andern Streitpunkten Rechtsmittel an den Oberrichter ergriffen sind, eine solche Berichtigung bei diesem nachzusuchen, vielmehr spricht für dessen Zuständigkeit hiefür die Analogie des §. 1164 der Proceßordnung wie die Natur der Sache.

Aus diesen Gründen ꝛc. Haager.

IV.

Ein Soldat kann selbst in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten weder ausdrücklich noch stillschweigend auf den privilegirten Gerichtsstand verzichten.

Bergheimer erhob gegen Hauser im Executivproceß eine Klage auf Bezahlung von 349 fl. nebst Zins aus Darleihen. Der Beklagte ließ sich bei dem Amt, wo die Klage angebracht war, auf dieselbe vernehmen und schützte am Schlusse der Verhandlung die Einrede vor, daß er Soldat sei, daher er nicht unter der Gerichtsbarkeit des Amtes stehe. Der Unterrichter nahm auf diese Einwendung, weil sie nicht vor der Einlassung auf die Klage vorgebracht wurde, in Gemäßheit des § 35 der Proceßordnung keine Rücksicht, sondern verurtheilte den Beklagten zur Bezahlung der eingeklagten Forderung.

Auf die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises dem Amt aufgegeben, zu erheben, ob der Beklagte noch Soldat sei und bejahenden Falls, welchem Regiment oder Corps er angehöre. Da nach dem Ergebnisse der angeordneten Erhebung der Beklagte wirklich noch Soldat und einem Regimente zugetheilt war, so ergieng in der Appellationsinstanz ein Urtheil, wodurch unter Aufhebung des amtlichen Erkenntnisses und unter Compensation der Kosten beider Instanzen erkannt wurde, daß die erhobene Klage hier, d. h. vor den bürgerlichen Gerichten, nicht statt finde.

Gründe.

In Erwägung, daß die für eine ganze Klasse von Unterthanen bestehende Militärgerichtsbarkeit nicht zum Vortheil des Einzelnen, sondern im öffentlichen Interesse eingeführt ist, und daher ein Verzicht auf diesen besondern Gerichtsstand durch Prorogation eines andern nach Landrechtsatz 6. nicht statt finden kann; *)

In Erwägung, daß hiernach die Einrede der Inkompetenz begründet erscheint und das amtliche Urtheil aufgehoben werden mußte

In Erwägung, anlangend die Kosten, daß der Kläger nicht verpflichtet ist, die Eigenschaft des Beklagten als Soldaten zu kennen, dagegen aber der Beklagte verbunden war, zur Abschneidung unnützer Verhandlungen diese seine Eigenschaft vor der Einlassung auf die Klage anzuzeigen und, da im Executivproceß geklagt wurde, zu bescheinigen;

In Erwägung, daß weder das Eine noch das Andere geschehen, sondern die Einrede erst am Schlusse der Verhandlung vorgeschützt und nicht bescheinigt wurde; daß ferner erst in zweiter Instanz der Beweis dieser Thatsache angeordnet und erhoben werden mußte;

Aus diesen Gründen ꝛc. Haager.

V.

In wie weit hat der Satz: locus regit actum, im französischen und badischen Rechte Geltung?

Es ist bekannt, wie verschieden die Ansichten im gemeinen Rechte über die Bedeutung und Anwendung dieses Satzes waren **); daß auch das französische und badische Gesetz hierin verschiedener Deutung empfänglich ist und in der Anwendung bei den Gerichten nichts weniger als Uebereinstimmung darin herrscht, lehrt die tägliche Erfahrung. Indem hier der Versuch gemacht wird, zur Aufhellung dieser von den französischen Rechtslehrern nur dürftig erörterten Materie einen Beitrag zu liefern, scheint es dem Verfasser vor Allem nöthig, die Grund-

*) So schon nach gemeinem Recht. Kap. 12. X. de foro competente (2. 2.) vergl. jedoch Thibaut, Pand. §. 42. D. E.

**) Wer sich davon näher überzeugen will, den wollen wir nur beispielsweise auf die Abhandlung Mittermaier's im Civ. Arch. Bd. XIII. St. 16; auf Eichhorn's deutsches Priv. R. §§. 35 und 37; und Glück's Comment. Band I. S. 290 verweisen.

säße aufzusuchen, von welchen der Gesetzgeber geleitet wurde; an der Hand dieser werden dann die schwierigsten der vorkommenden Fragen leicht gelöst werden können.

I.

Französisches Recht.

Der Code Napoléon hat den Saß: locus regit actum, mit ausdrücklichen Worten nicht aufgenommen, obgleich er im ursprünglichen Entwurf enthalten war; nur bei einzelnen Anlässen findet man ihn speziell angewendet. (S. S. 47, 170, 999). Man hielt es nämlich für bedenklich, den allgemeinen Saß in das Gesetzbuch aufzunehmen, theils weil man Mißbrauch besorgte, namentlich dadurch den Glauben zu veranlassen fürchtete, als könnten Inländer nicht auch im Auslande die vaterländischen Formen beobachten; theils weil manche Formen mit den Bedingungen für die — sich stets nach den einheimischen Gesetzen richtende Fähigkeit zu gewissen Geschäften zu innig zusammenhängen, als daß man es nicht hätte vorziehen sollen, den Saß nur bei den einzelnen Geschäften mit den aus den angeführten Rücksichten nothwendigen Modifikationen eigends auszudrücken *). Keineswegs hat man aber damit den durch Vernunft und Billigkeit gerechtfertigten Grundsaß aufgeben wollen, und kein französischer Schriftsteller zweifelt, wie schon Grolmann bemerkt, an der fortdauernden Gültigkeit desselben.

Indessen ist allerdings durch die Art und Weise, wie diese Frage im C. N. behandelt ist, die Sache in eine so schwierige und zweifelhafte Lage gebracht, daß die Bemerkung eines vaterländischen Auslegers (Baurittel, Com. Bemerkung zu S. 3.) nicht unpassend ist, man müsse hierin die Theorie des Gesetzbuchs herausfühlen, dieses Herausfühlen muß sich jedoch auf haltbare juristische Gründe stützen. — Der S. 1 des Code stellt die allgemeine Regel über den Umfang der Wirksamkeit des Gesetzes auf in den Worten: „die Gesetze werden für den ganzen Umfang des Staatsgebiets (durch die Verkündung des Staatsherrschers) wirksam.

Dieser Saß bestimmt zweierlei,

1) Dasjenige, was er mit ausdrücklichen Worten (positiv) ausspricht, und

2) dasjenige, was er nicht ausdrücklich (negativ) sagt, was aber nach den Regeln der Auslegung darin zu finden ist. (S. 6. a.)

Mit ausdrücklichen Worten bestimmt er: die Gesetze wirken im Umfange des Staatsgebiets — und zwar auf Personen, Sachen und Rechtsgeschäfte (Handlungen), — als die Objekte der Gesetze, welchen drei Beziehungen die gewöhnliche Eintheilung in Statuta personalia, realia und mixta entspricht.

Das Gebiet des zweiten (negativen) Theils des Saßes ist durch den ersten Theil per argumentum a. contrario dahin bestimmt: die Gesetze des Staats wirken außerhalb der Gränzen des Staatsgebietes nicht. Damit ist der Saß: locus regit actum, sanktionirt. Zwar folgt aus dem Argument vom Gegentheil an sich noch nicht gerade die Anerkennung des Gesetzes desjenigen Staats, in welchem der Akt entsteht, auf diesen, weil aus dem S. 1. unmittelbar sich nur ergibt, daß das Staatsgesetz außerhalb dem Staatsgebiet, im Ausland, keine Wirkung habe, das Gesetz also, die Ausnahme des S. 3. Abs. 2 und 3 abgerechnet, unbestimmt zu lassen scheint, nach welchem Gesetze die vor seinen Gerichten zur Entscheidung kommenden — denn nur in dieser Hinsicht hat der Staat überhaupt ein Interesse an einer solchen Bestimmung — im Ausland eingegangenen Rechtsgeschäfte zu beurtheilen seien. Die Schlußfolgerung wird jedoch vollkommen bündig durch das dem Gesetze nothwendig zu Grund liegende Princip der Reziprozität, so wie nicht minder durch das Argument *ad absurdum*. Indem nämlich der Gesetzgeber von andern Staaten die Erwartung hegen muß, daß sie bezüglich auf die in seinem Gebiete errichteten Rechtsgeschäfte, wo es darauf ankommt, den von ihm an die Spitze seines Gesetzbuchs gestellten Grundsaß anerkennen, kann er zu dieser Erwartung nur berechtigt sein, wenn auch er demselben Grundsaße dem Auslande gegenüber huldigt, die im Auslande errichteten Geschäfte also eintretenden Falls nach den Gesetzen des Orts, wo das Geschäft zur Entstehung kam, beurtheilt. — Es kann ferner, und dies ist das zweite Argument, ohne Wiedersinn dem Gesetzgeber nicht wohl eine andere Absicht unterstellt werden, als die, daß das Gesetz desjenigen fremden Staats, in welchem ein Rechtsgeschäft errichtet wird, auf dieses anwendbar sei. Denn sein eigenes Gesetz erklärt er selbst als unanwendbar; für die

*) Grolmann, Handbuch über den C. Nap. Band I. S. 39. Zachariä, Handb. Band I. §. 31 und die dort citirten (N. 1.) Schriftsteller.

Anwendung irgend eines andern, dritten Gesetzes aber wäre gar kein vernünftiger Grund denkbar, wogegen er in der Statuirung der Anwendbarkeit des Gesetzes des Orts der Handlung nur consequent dasselbe Princip bezüglich auf den im Ausland errichteten Akt anerkennt, welches er hinsichtlich der im Inland eingegangenen Geschäfte in S. 1 ausgesprochen hat. Ueberdem liegt die Anerkennung des Grundsatzes l. r. a. auch ganz im Interesse des Verkehrs und der Rechtssicherheit, für welche in keiner andern Weise gleich wirksam vom Gesetzgeber hätte gesorgt werden können. Damit übereinstimmend weist endlich auch d. L.R.S. 1159 auf diesen Grundsatz hin.

Das Gebiet des ersten positiven Satzes wird aber erweitert durch zwei Ausnahmen von dem zweiten Satze bezüglich auf **Immobilien** und **Personen**. S. 3. Abs. 2 und 3. Rücksichtlich jener Liegenschaften, welche der Ausländer im Inlande besitzt, sollen die inländischen Gesetze zur Anwendung kommen, sofern diese nämlich Rücksichten auf das Staatsinteresse entflossen sind. Es sind dies namentlich die Vorschriften, welche die dingliche Natur der Liegenschaften betreffen *), wie jene über den Eintrag des Kaufs, des Unterpfandsrechts in die Grund- und Hypothekenbücher. Diese Bestimmung hinsichtlich der Liegenschaften steht in enger Verbindung mit der Souveränität des Staats, welcher die Liegenschaften, deren Gesammtheit das Staatsgebiet bildet, ohne Gefährdung seiner Selbstständigkeit nicht geradehin der Privatverfügung überlassen kann. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß jeder Akt, welcher Liegenschaften betrifft, in allen Beziehungen den inländischen Gesetzen unterworfen sei. Der Satz geht nicht weiter als sein Grund. Einzelne, die Liegenschaften betreffende im Auslande vor sich gehende Willensakte kann der Staat ganz wohl ohne Beeinträchtigung seiner Souveränitätsrechte der Verfügungsgewalt der Privaten überlassen, folglich auch der Wirkung fremder Gesetze anheimgeben, so z. B. den Kaufvertrag selbst in Beziehung auf Form und Gültigkeit. Es scheint dies angedeutet zu sein durch den Ausdruck des Textes: *Les immeubles*, sont regis ꝛc. Es genügt dem Staatsinteresse schon, die Wirksamkeit der Dispositionen über Liegenschaften auch für den Ausländer an gewisse Vorschriften des Inlandes zu knüpfen.

Die **zweite** Erweiterung des ersten Satzes (oder Einschränkung des zweiten zu Gunsten des ersten) betrifft die **Personen**; die Gesetze, welche den **Zustand** und die **Rechtsfähigkeit** der Personen bestimmen, finden auch im Ausland Anwendung. Ob also der Ausländer minderjährig oder volljährig sei, ob die ausländische Ehefrau zur Erhebung einer Klage vor den inländischen französischen Gerichten der Ermächtigung des Ehemannes bedürfe, hat der Richter nach den Gesetzen des Auslandes zu beurtheilen, wenn darüber Zweifel entsteht (Davon wohl zu unterscheiden ist die **Wirkung** des Daseins oder Nichtdaseins der fraglichen Personalerfordernisse, die der Richter nach den Gesetzen **seines** Landes zu beurtheilen hat). Daran kann selbst freiwillige Unterwerfung unter das Gesetz des fremden Staats nichts ändern. Auch hier übt der Grundsatz der Reziprozität seine Geltung; nur weil und sofern der Staat dem Auslande gegenüber den von ihm aufgestellten Satz respektirt, kann er von ihm die gleiche Rücksichtsnahme erwarten. Diese Grundsätze haben auch in allen civilisirten Staaten Geltung, sie sind völkerrechtlicher Natur und bilden einen Theil des s. g. internationalen Rechts.

Dieser Wirkung der Personalstatuten unterliegen auch die **Mobilien**, welche nach bekannter Regel der Person folgen (mobilia assibus inharent). In welchem Umfange dieser Satz zu verstehen sei, darüber vergl. **Zachariä**, Handbuch §. 31. Note 6.

Der Absatz 1 des S. 3 ist eigentlich nur eine Anwendung des positiven Ausspruchs in dem S. 1 und hat wohl hauptsächlich den Zweck, recht nachdrücklich die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen zu geben, daß in diesen Beziehungen durch keinerlei Privatübereinkommen etwas Gegentheiliges festgesetzt werden könne. In diese Kategorie fallen alle Strafgesetze.

Das leitende Princip des Gesetzgebers ist hiernach unverkennbar Folgendes: Mit den in S. 3. Absatz 2 und 3 bemerkten Einschränkungen unterliegt jedes Rechtsgeschäft dem Gesetze, welches über dem Boden herrscht, auf welchem das Geschäft seine Existenz erhält, und diesem in der Natur der Verhältnisse begründeten Satze gemäß wird angenommen, daß die Rechtssubjekte ihre Geschäfte jeweils nach dem Gesetze des Orts (Staats), wo dieselben zur Entstehung kommen, einrichten und folglich auch beurtheilt wissen wollen, wenn sie nichts Gegentheiliges ausdrücklich bestimmen *). Der Gesetzgeber stellt deßhalb die Vermuthung dieses Willens der Rechtssubjekte als **Regel** auf.

---

*) *Lassaulx*, Comment. zum C. Nap. Band I. §. 37.

*) Die Frage: wo ein Geschäft abgeschlossen sei, — kann häufig zweifelhaft sein, wie z. B. in den Fällen, wenn zwei in verschiedenen Staaten wohnende Personen einen Vertrag brieflich schließen. Es ist dieß in jedem einzelnen Fall eine questio facti und nach Grundsätzen zu beurtheilen, deren Erörterung nicht hierher gehört.

(Schluß folgt.)

Berichtigung. In der, der Nummer 16 der Annalen beigeschlossenen Ankündigung des Handbuchs der Literatur des badischen Rechts von F. **Kappler**, durch die academische Verlagshandlung von J. C. B. Mohr in Heidelberg, ist durch Versehen des Setzers statt Geh. Kriegsrath — Kanzleirath und statt Kanzleirath — Kriegsrath gesetzt worden, was man zu berichtigen bittet.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath **Bayer** in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe, den 1. Mai 1847.

I.

In wie weit hat der Satz: locus regit actum, im französischen und badischen Rechte Geltung?

(Schluß).

Ein nicht unerhebliches Bedenken scheint sich indessen der vorstehenden Auslegung durch die Betrachtung entgegenzustellen, daß der Code an mehreren Orten (Sätze, 47 ,170, 999.) den Satz l. r. a. ausdrücklich und besonders zur Anwendung bringt. Nicht allein wird man nicht aus einigen singulären Bestimmungen eine allgemeine Regel abstrahiren können, wie dieß von verschiedenen Rechtslehrern geschehen ist, sondern es scheint diese Verfahrungsweise des Gesetzgebers nach einer bekannten Rechtsregel eher für die Absicht des Gesetzgebers zu sprechen, daß der Satz nur in diesen Ausnahmsfällen zur Anwendung kommen solle. — Das Bedenken dürfte sich jedoch dadurch heben, daß in jenen Fällen der Grundsatz nicht schlecht sei, sondern mit — durch den Inhalt motivirten Modifikationen angewendet ist. Bei S. 47 und S. 110 unterlaufen Statusverhältnisse, so daß also die Kollision mit S. 3. Abs. 3 eine besondere Bestimmung erforderte. Auch machten die vorausgehenden allgemeinen Vorschriften der Sätze 34 und 165 jene Bestimmungen nothwendig, um den Willen des Gesetzgebers, so wie er in den beiden Sätzen 47 und 170 ausgesprochen ist, außer Zweifel zu setzen. Der Satz, daß die Regel locus regit actum im C. Nap. im Allgemeinen Geltung habe, wird also dadurch so wenig erschüttert, als bewiesen.

II.

Badisches Recht.

1) Der Zusatzartikel des badischen Rechts zu S. 3. enthält noch weiter

a) eine Bestimmung hinsichtlich des Gerichtsverfahrens,

b) eine fernere über die Anwendbarkeit der Gesetze hinsichtlich der „Form und Gültigkeit" der im Land errichteten Rechtsgeschäfte.

Er erklärt in beiderlei Beziehung die Gesetze auch auf den Ausländer anwendbar. Beides liegt indessen schon im Urtext und ist nur eine Erläuterung desselben, wie sich aus Obigem ergiebt und wie auch Brauer in s. Erläuterungen zugiebt *). Es wäre namentlich nicht abzusehen, wie das Proceßverfahren bei der vollesten Geltung des Satzes: locus regit actum anders als es der Zusatz bestimmt, gehandhabt werden könnte. Es wird darum auch in Frankreich ohne unsern Zusatz hierin ebenso gehalten, wie bei uns. Der zweite Theil des Zusatzes ist wieder nur eine Anwendung des Landrechtsatzes 1.; der Zweck der Wiederholung kann wohl nur der sein, dem vorhergehenden S. 3 eine Ergänzung zu geben, welche aber strenge genommen auch schon aus dem S. 1 sich ergiebt. Aber auch hier ist wieder die Bestimmung durch das, was daraus in der obigen Weise zu folgern ist, bedeutender als durch das, was sie wörtlich (positiv) ausdrückt. — Es wäre hiernach nur noch festzustellen, was der Gesetzgeber unter „Form und Gültigkeit" verstehe, — eine Frage, die nicht ohne Schwierigkeit ist.

Unter „Form" versteht man im Allgemeinen die Beschaffenheit eines Akts oder einer Willenserklärung. **) Eine gesetzlich giltige Form ist demnach diejenige Beschaffenheit eines Akts, welche den zur Wirk-

*) So ist auch das gemeine Recht aufgefaßt von Thibaut, Pandekten §. 38, welchen der Verfasser des Zusatzes vor Augen gehabt zu haben scheint.

**) Zachariä, über die Rechtsregel: locus regit actum, in Elvers Themis Band II. §. 1. S. 95.

samkeit vom Gesetze vorgeschriebenen Erfordernissen entspricht, diese Erfordernisse betreffen aber entweder das Innere, die Natur des Rechtsgeschäfts, oder das Aeußere, was mit dem Beweis zusammenfällt (forme probante); und insofern spricht man von innerer und äußerer Form. Hiermit stimmt auch die Definition, welche Merlin *) giebt, überein.

Dadurch wird man zu dem Bedenken geführt, daß die „Gültigkeit" nach ihrem gewöhnlichen Wortbegriffe mit dem einen (ersten) Theile der „Form" in Eins zusammenzufallen und somit jener Ausdruck überflüssig zu sein scheine, während man doch nicht annehmen dürfe, daß der Gesetzgeber Ueberflüssiges sage. Dieses Bedenken dürfte sich jedoch, ohne dem Gesetze Gewalt anthun zu müssen, dadurch lösen, daß man unter dem Worte Form die Vorschriften des Gesetzes über Rechtsgeschäfte und unter Gültigkeit die Wirkung jener Vorschriften versteht. Sowohl in Beziehung auf die innere als auf die äußere Form giebt es wesentliche und außerwesentliche Vorschriften, nur die ersteren bedingen die Gültigkeit des Akts. Landrechtsatz 6 k. Ein Streit hierüber wäre übrigens darum hier wenigstens ohne praktischen Werth, weil es im Resultat auf dasselbe hinauskommt, ob man dieser Interpretation beipflichtet, oder das Wort „Form" lediglich in der beschränktern Bedeutung der äussern Gestalt oder Darstellung auffaßt, um dann den Inhalt der andern (innern) Hälfte dem Ausdrucke „Gültigkeit" in der vollen Bedeutung desselben zu vindiziren; in einem wie im andern Falle erstreckt sich die gesetzliche Bestimmung auf das Innere und Aeußere der Rechtsgeschäfte, d. i. auf die ganze rechtliche Beschaffenheit des Akts, sofern es nicht auf persönliche Rücksichten (form. habilitantes nach Merlins Ausdruck) ankommt.

2) Auch das VI. Constitutions-Edikt enthält über den Gegenstand Bestimmungen, welche vermöge §. XXIII. des ersten Einführungsedikts beachtet werden müssen. Sie verfügen jedoch, mit einer unbedeutenden Ausnahme, im Wesentlichen dasselbe, was das Landrecht. Nach einer mit der Bestimmung des Absatzes 2 in Landrechtsatz 3 übereinstimmenden Vorschrift hinsichtlich der Liegenschaften wird für die Fälle, wo nicht Staatsverträge etwas anderes festsetzen, als Norm aufgestellt:

Auf den Inländer sind die Staatsgesetze allgemein anwendbar.

Wenn jedoch ein Ausländer mit betheiligt ist, so kommt das Gesetz des auswärtigen Staats, in dem das Geschäft errichtet wurde, zur Anwendung.

Selbst wenn ein Inländer mit einem Inländer ein Geschäft im Ausland eingeht, so kommt in Beziehung auf die „Förmlichkeiten" das Gesetz des Auslands zur Anwendung, — im Uebrigen also das einheimische Gesetz.

Hier scheint der Gesetzgeber nach der gewählten Fassung unter Förmlichkeiten nur das, was wir oben als äußere Form bezeichneten, zu verstehen.

Was demnach das Landrecht nur indirekte und negativ ausspricht hinsichtlich des Satzes locus regit actum, das spricht das C. Edikt direkt und positiv, — somit bestimmter aus. Nur insofern ist das C. Edikt enger, als dasselbe diesen Grundsatz unter Inländern nur hinsichtlich der äußern Form (bestimmter — im Ausland vorgeschriebener — Förmlichkeiten) gelten läßt, während das Landrecht ihn auch in diesem Falle auf die im Ausland eingegangenen Rechtsgeschäfte ohne Einschränkung erstreckt. Wie ist es nun aber bei dieser Verschiedenheit der Bestimmungen des Landrechts und des C. Edikts zu halten? — Nach der angeführten Stelle des 1. E. Ed. muß hier das C. Edikt zur Anwendung kommen, da das Landrecht „keine bestimmte und für sich allein entscheidende Verfügung" giebt. Wenn also z. B. im Inlande zur gültigen Form der öffentlichen Urkunden zwei Zeugen vorgeschrieben wären, im Auslande, wo die öffentliche Urkunde von zwei Inländern errichtet

---

*) Repertoire de Jurispr. mot: *formalités*, wo gesagt ist: Ce sont (sc. les formalités), les differentes choses, dont le concours et l'assemblage serve à former un acte, soit conventionel, soit judiciaire, à le rendre valable et à en assurer et procurer l'execution. Er unterscheidet dann zwischen formalités *habilitantes*, *intrinseques* (visurnales), *extrinseques* (probantes) und f. *d'execution*. Unter der zweiten Klasse versteht er diejenigen Förmlichkeiten, welche den Akt selbst begründen, ihm seine Existenz geben, wie z. B. die Einwilligung bei Verträgen. Als F. der dritten Klasse bezeichnet er diejenigen, qui ne sont requises, que pour constater, soit l'acomplissement des form. habilitantes, et des f. intrinseques, soit ce qui a été fait par concours des unes et des autres, p. e. signatures des parties, temoins, notaires. Diese beiden Klassen gehören hierher und dürften ungefähr das ausdrücken, was unser Zus. 3 a. mit „Gültigkeit und Form" bezeichnet.

worden, aber nicht, so würde vor dem inländischen Gerichte die Form des Auslands entscheiden, somit die öffentliche Urkunde ohne Zeugen genügen. Würde aber der Mangel der Zeugen entgegengehalten werden können, wenn diese umgekehrt nach dem Gesetze des Auslandes, in welchem ein, auch nach einheimischem Gesetze der öffentlichen Urkunde bedürfender — Vertrag zwischen zwei Inländern abgeschlossen wurde, zur Förmlichkeit einer öffentlichen Urkunde gehören, dagegen für die öffentlichen Urkunden des Inlandes diese Förmlichkeit nicht vorgeschrieben wäre? — Hier dürfte, da stets zu unterstellen ist, die Parteien haben redlich kontrahirt und ein gültiges Geschäft errichten wollen (arg. Landrechtsatz 1157; L. 80. D. de V. O.), und da der inländische Richter in Geschäften, welche Inländer miteinander wenn auch im Ausland eingehen, mit Grund annehmen kann, daß sie genug gethan haben, wenn sie ihre Geschäfte nach den Gesetzen ihres Landes einrichteten — das mildere einheimische Gesetz zur Anwendung zu bringen sein.

Dem Satze loc. r. a. darf jedoch niemals Anwendung gegeben werden, wenn diese mit einem absolut verbietenden Staatsgesetze in Widerspruch käme, wenn es sich um Geschäfte handelt, welche der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten zuwider sind. L. R. S. 3 Abs. 1, 6. 1131 und 1133. Darum würde auch einem im Auslande geschlossenen Vertrag, welcher die Umgehung der inländischen Zollgesetze zum Zweck hätte, vom Richter kein Schutz gewährt werden können *).

In wiefern in den Fällen des L. R. S. 111 eine Ausnahme von dem S. l. r. a. stattfinde, d. i. bei der Beurtheilung der in einem andern Staate als dem des Vollzugsorts zur Entstehung gekommenen Rechtsgeschäfte die Gesetze des Vollzugsorts anzuwenden seien, wird in jedem einzelnen Falle nach der aus dem Geschäfte selbst zu entnehmenden Absicht der Contrahenten zu entscheiden sein. Die Bestimmung des Satzes 111 an sich spricht, da sie nur vom Proceßverfahren redet, eher für die Regel, als für die Ausnahme.

*) Ob der Richter den Vertrag zur Umgehung ausländischer Zollgesetze für giltig zu erkennen habe, ist bestritten. Bejaht wurde die Frage von französischen Gerichtshöfen. Lauckhard, Rechtsfälle. Band II. S. 357; verneint vom Großherzoglichen Hofgericht des Unterrheinkreises. Annalen 1834. S. 109.

III.

Anwendung.

Sind hiermit die leitenden Grundsätze des Gesetzes aufgefunden, so wird die richtige Anwendung im einzelnen Falle in der Regel leicht zu finden sein. Nur über die Anwendung dieser Grundsätze auf die Frage der Zulässigkeit der Beweismittel, sodann auf die Wirksamkeit (Beweiskraft) derselben, insbesondere der Urkunden, wollen wir, da sich hier die meisten Schwierigkeiten und Zweifel darbieten, noch einige Worte sprechen. Daß diese Punkte nicht, wie schon behauptet wurde, in das Proceßverfahren gehören, dürfte schon aus dem Ausdrucke Verfahren zur Genüge erhellen, welches nur den modus procedendi im strengen Sinne in sich begreift. *) Man schöpft die Entscheidung, zumal bezüglich auf den ersten Punkt, gewöhnlich aus dem Grunde des öffentlichen Interesses, nach welchem der Gesetzgeber anordne, durch welche Mittel die Richter seines Landes ihre Ueberzeugung von dem Rechte der streitenden Parteien bilden dürfen. Die solchen Rücksichten entflossenen Gesetze, sagt man, sind öffentlichen Rechtens, und müssen deßhalb unbedingt zur Anwendung kommen. —

Dieser Entscheidungsgrund ist jedoch trüglich und die Entscheidung selbst in ihrer Allgemeinheit unrichtig. Es ist ein Unterschied zwischen den aus Rücksichten des öffentlichen Interesses hervorgegangenen gesetzlichen Bestimmungen. Die Einen sind von der Art, daß der Staat sie schlechterdings und nach allen Seiten hin handhaben muß, wenn er nicht seine Existenz selbst untergraben will. Dahin gehört die Verpönung aller Verträge, welche den guten Sitten und der Staatsordnung widerstreiten (S. 6). Andere dagegen sind von der Art, daß sie mit den Sitten in keiner Berührung stehen und auch die Staatsordnung schon im Allgemeinen nur in geringem Grade bei ihnen betheiligt erscheint, noch weniger aber dieselbe ein Interesse daran hat, wenn in einem oder mehreren einzelnen Fällen etwas anderes von den Parteien festgesetzt wird. **) Hier kann der Staat wohl ohne alle Gefahr für seine Existenz oder seine unerläßlichen Grundlagen Nachsicht tragen und der Verfügungsgewalt der Parteien einen

*) Thibaut a. a. O.

**) *Lassaulx* a. a. O. §. 31.

weitern Spielraum gewähren. In diese Klasse fällt unstreitig unser Gegenstand. Wenn daher jene erstere Gattung gesetzlicher Bestimmungen unbedingt und allgemein folglich auch bezüglich auf die im Ausland entstandenen Rechtsgeschäfte eine Ausnahme von dem Satze l. r. a. begründet, so findet nicht dasselbe Statt in Beziehung auf die Gesetze über die Beweismittel und deren Zulässigkeit insbesondere. Auch der Satz l. r. a. beruht, wie bereits oben angedeutet wurde, auf Rücksichten des öffentlichen Interesses, den Rücksichten der Erleichterung des Verkehrs und der Beförderung der Rechtssicherheit; es stehen sich also hier beiderseits Rücksichten des öffentlichen Interesse's gegenüber, ohne daß man sagen kann, daß wie bei jener erstern Gattung der Gesetze, das Gewicht solcher Rücksichten überwiegend sei gegen diejenigen öffentlichen Rücksichten, auf welchen der Grundsatz l. r. a. beruht. Daraus folgt, daß auch keine zureichenden Gründe für die Statuirung der gleichen Ausnahme zu Gunsten der den Beweis betreffenden Gesetze vorliegen, und daß daher der Satz l. r. a. auch hierin seine Geltung behauptet.

Auch hier wird es sich demnach im vorkommenden Falle einfach fragen: ob ein im Auslande errichteter Akt (eine Willenserklärung) hinsichtlich der Beweismittel vorliege? Von dem im Ausland errichteten Rechtsgeschäfte selbst kann noch kein Schluß auf die Zulässigkeit der nach den Gesetzen dieses Auslandes statthaften Beweismittel gezogen werden, weil das Rechtsgeschäft und der Beweis desselben, wenn beide auch zufällig vereint vorkommen können, doch verschiedene Dinge sind. Man könnte daher nicht so schließen: weil der Darlehensvertrag über 1000 fl. in dem Staate X (mündlich) geschlossen wurde und dort der Zeugenbeweis unbedingt zulässig ist; so ist auch in unserem Falle der Beweis durch Zeugen statthaft, d. i. diese Beweisfrage nach den Gesetzen des Staats X zu entscheiden.

Wenn dagegen jener Darlehensvertrag in einer Privaturkunde abgefaßt wurde, oder wenn die Kontrahenten zu demselben, als er mündlich geschlossen wurde, Zeugen zuzogen, um durch sie den Vertrag, wofern es darauf ankäme, zu erweisen; so lägen in beiden Fällen Akte über unsere Frage vor, auf welche daher auch der Satz l. r. a. seine Anwendung fände. Man mag hier den Willensakt über die Beweisfrage — die Urkunde und die Zeugen — bei der innigen Verbindung als Bestandtheil des Rechtsgeschäfts selbst betrachten, oder als Rechtsgeschäft für sich ansehen — im weiteren Sinne ist er es gewiß auch —; die rechtliche Wirkung ist dieselbe. Zwar bietet der erstere Fall bei dieser Frage (der Zulässigkeit des Beweismittels) kein praktisches Interesse dar, weil der Urkundenbeweis allenthalben als zulässiges Beweismittel anerkannt ist; desto mehr wird aber seine praktische Wichtigkeit bei der anderen Frage (über die Wirkung der gebrauchten Beweismittel) hervortreten.

Ob die Parteien bei dem mündlich geschlossenen Vertrag ausdrücklich erklärt haben, daß sie die Zeugen für den Fall des nöthig werdenden Beweises beiziehen, oder ob sie die Zeugen ohne eine solche Erklärung beigezogen haben, ist gleichglütig, da letzteren Falls eine unzweifelhafte stillschweigende Erklärung, der ausdrücklichen in der Wirkung gleich, vorliegt. Ebenso macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob im Rechtsstreit die Gegenpartei die Beiziehung der Zeugen zugesteht oder auch dieser Umstand selbst beim Widerspruch durch die Zeugen hergestellt werden soll. Der Einwand, daß ersterenfalls durch Verabredung beider Theile die Beiziehung der Zeugen fingirt und so das Gesetz beliebig umgangen werden könne, würde schon durch die Betrachtung sein Hauptgewicht verlieren, daß der Gegner nicht leicht dem Producenten durch unrichtige Zugeständnisse seine Lage erleichtern wird. Auch der etwaige weitere Einwurf: daß, weil bei einem im Inlande geschlossenen Geschäfte über 75 fl. hinaus die Parteien nicht durch Uebereinkommniß den Landrechtsatz 1341 beseitigen können, dies auch bei den im Ausland geschlossenen Rechtsgeschäften nicht erlaubt sein könne, — wäre unbegründet, weil beide Fälle wesentlich verschieden sind, in jenem ersteren Falle nämlich gerade der die Anwendung der Regel l. r. a. begründende und somit nach Obigem die Abweichung rechtfertigende Umstand — die Entstehung des Akts im Auslande — fehlt. — Derjenige, welcher Zeugen vorschlagen wollte, die nur zufällig Kenntniß vom Rechtsgeschäfte erlangt haben, würde sich vergeblich auf den Satz l. r. a. berufen; es fehlt hier an dem Akte über das Beweismittel. Auch auf die Frage über die Zulässigkeit der Beweismittel findet daher der Satz l. r. a. Anwendung.

Nach denselben Grundsätzen wird auch die Wirksamkeit der Beweismittel und ihre Beweiskräftigkeit im einzelnen Falle zu beurtheilen sein. Es ist bereits

oben bemerkt worden, daß die Willenserklärung der Parteien hinsichtlich der Wahl der Beweismittel im weitern Sinne des Worts auch ein Rechtsgeschäft sei. Es wird nicht zu gewagt sein, von den gebrauchten Beweismitteln selbst dasselbe zu behaupten, soweit solche sich als von den Parteien ausgehende Acte darstellen, wie z. B. eine Handschrift über ein Darlehen oder eine Bürgschaftsurkunde. Daß solche bloß zum Beweis aufgenommen worden, ändert an der Sache gar nichts. Sollte man diese Ansicht auch etwa nach allgemeinen Rechtsbegriffen für zweifelhaft halten, so darf nicht übersehen werden, daß das VI. Constitutionsedict sich allgemein des Ausdrucks „Handlungen" („erlaubte oder unerlaubte") bedient. Daß es aber eine „Handlung" (Rechtshandlung) sei, wenn A dem B eine Schuld „oder Bürgschaftsurkunde für ein, wenn gleich schon bestehendes, Darlehen ausstellt, wird wohl kaum bestritten werden können *). — Geht man davon aus, daß der Gesetzgeber durch den Grundsatz l. r. a. den Verkehr habe erleichtern und die Rechtssicherheit befördern wollen, so wäre in der That auch kein vernünftiger Grund einzusehen, warum er solches hinsichtlich der den Beweis betreffenden Handlungen weniger hätte thun sollen, als hinsichtlich der das Rechtsgeschäft im engern Sinn begründenden Handlung. Es entspricht diese Auslegung auch ganz der natürlichen Billigkeit und den darauf beruhenden Grundsätzen des internationalen Rechts. Die Parteien können häufig bei Errichtung des Geschäfts noch gar nicht wissen, vor welchen Landesgerichten dasselbe zu verfolgen und somit zu beweisen sein werde. Man denke sich einzelne der in den §§. 23 und 45 der Proceßordnung berührten Fälle. Wenn der badische Richter z. B. eine Darlehensurkunde, welche in einem 300 Stunden entfernten Lande mit bloßer, eigenhändiger Namensunterschrift in dort beweisender Form aufgenommen worden ist, vorkommenden Falls nach L.R.S. 1326 beurtheilen wollte, so läge hierin gewiß eine große Unbilligkeit. — In diesem Sinne ist wohl auch die Bemerkung Grolman's (I. 40) zu verstehen, daß „die Gültigkeit und Beweiskraft der über rechtliche Geschäfte im Ausland errichteten Urkunden in Frankreich ohne Anstand nach der Uebereinstimmung der äußern Form derselben mit den darüber verfügenden Gesetzen des Auslands zu beurtheilen seien." Da übrigens der Richter zunächst nur die Gesetze seines Staates anzuwenden berufen ist, so folgt daraus von selbst, daß die Partei, welche die Beurtheilung eines Rechtsgeschäfts und ihrer Beweise nach einem ausländischen Gesetze in Anspruch zu nehmen im Falle ist, sich (sei es ausdrücklich oder stillschweigend) darauf berufen und, wo nöthig, den Beweis des abweichenden ausländischen Gesetzes führen muß, da die fremden Gesetze für den Richter Thatsachen sind, die er nicht zu kennen braucht. —

*) Nach dieser Auffassung der Begriffe „Rechtsgeschäft" und „Handlung" (Rechtshandlung) verfährt auch der practische Rechtssinn gleichsam unbewußt bei manchen hierher gehörigen Fragen: so liegt in der gewöhnlich vorkommenden, unbedenklichen Annahme der Beweiserhebungen, Zeugenverhöre ꝛc. des Auslands als genügend (beweisend), wenn sie nur die Gewähr der Beobachtung der dort erforderlichen Formen an sich tragen, — die Anerkennung des Satzes l. r. a., keineswegs aber, wie man schon geglaubt hat, eine Anomalie, weil und insofern dies nämlich dem unrichtig ausgelegten Grundsatze, daß auch bei Geltendmachung der im Ausland geschlossenen Geschäfte stets die Proceßgesetze des Inlands zur Anwendung kommen, zu widerstreiten scheine.

Mit obigen Grundsätzen conform hat in einem vor Kurzem vorgekommenen Falle (Maier gegen Jakob) das Großherzogliche Oberhofgericht, I. Sen. entschieden, indem es eine bloß mit der Namensunterschrift versehene Bürgschaftsurkunde, welche zu Steckborn, im Canton Aargau von dem inländischen Beklagten dem Kläger (Ausländer) ausgestellt worden, in Uebereinstimmung mit dem Hofgerichte des Seekreises als gültig und beweisend ansah, wiewohl von einem Votanten dagegen geltend gemacht wurde, daß die Urkunde als bloßes Beweismittel und nicht als Rechtsgeschäft zu betrachten, daher der Satz l. r. a. um so weniger darauf anwendbar sei, als die Vorschrift des S. 1326 im öffentlichen Interesse gegeben sei und deßhalb vom Richter auch auf die im Ausland entstandenen Urkunden angewendet werden müsse. — In einem andern, gleichfalls im letzten Jahre vom Oberhofgerichte entschiedenen Falle brachte der ausländische Kläger (ein Schweizer) einen von seiner Gerichtsbehörde legalisirten Auszug aus seinen Handelsbüchern mit der von derselben Behörde beigefügten Beurkundung bei, daß die Handelsbücher in der dort vorgeschriebenen Form geführt seien. Es ward von der Gegenpartei dagegen nichts eingewendet und der Auszug wurde auf die Erklärung und Beurkundung der ausländischen Behörde hin als beweisend

angesehen. In einem dritten Falle wurde von demselben oberhofgerichtlichen Senate angenommen, daß ein zu München ausgestellter eigener girirter Wechsel, mit welchem in Baden von X eine Zahlung gemacht wurde, nach erhobenem Protest, als gegen X vor den badischen Gerichten der Rückgriff genommen ward, in Beziehung auf Gültigkeit des Wechsels und auf die Fragen, ob gehörig und zur rechten Zeit präsentirt und Protest erhoben worden, nach dem Münchner Wechselrecht zu beurtheilen sei, — obgleich die Frage aus andern Gründen nicht zur förmlichen Entscheidung kam. — Am 1. Nov. d. J. 13 hat der Cassationshof zu Paris, in Uebereinstimmung mit dem Appellationshofe daselbst erkannt, daß die Rechtsgeschäfte in Beziehung auf die Form als rechtsbeständig anzusehen seien, wenn sie mit den Förmlichkeiten versehen sind, welche die Gesetze des Orts, wo das Geschäft vorgieng, vorschreiben. — Durch arrêt vom 11. Mai 1816 wurde entschieden, daß eine von einem französischen refugié in England nach den englischen Gesetzen in einer Privaturkunde errichtete Schenkung gültig sei *) Zentner.

II.

Kostenfestsetzung ohne Vernehmung des Gegentheils.

Es scheint jetzt allgemein anerkannt zu sein, daß der von der Kostenliquidation handelnde §. 175 der Proceßordnung durch den Ausdruck „festsetzen" nichts anderes bezweckt, als ein Erkenntniß über das Quantum der Kosten, welche nach Erledigung eines Rechtsstreits ein Theil dem anderen zu ersetzen hat: ebenso scheint man darüber einig zu sein, daß wenn dem Liquidaten eine Frist zur Vernehmung bewilligt war und nach deren Umfluß, mag er sich erklärt haben oder nicht, die Festsetzung erfolgt, diese Festsetzung ein Endurtheil ist, welches nur im Weg der Berufung, nicht der Einsprache, angefochten werden kann. Dagegen will man eine ohne solche Frist sogleich erfolgte Festsetzung nur als eine Art unbedingten Befehl gelten lassen, gegen welche Einsprache zuläßig sei, eben weil sie ohne vorgängige Verhandlung erlassen sei und der Gesetzgeber wohl Grund gehabt habe, bei der regelmäßigen Einfachheit der Sache zum Zweck der Abkürzung den Richter zu ermächtigen, mit vorläufiger Umgehung einer Vernehmung des Liquidaten einen unbedingten Befehl zu erlassen.

Annalen VIII. S. 204.

Diese Ansicht scheint mir nicht richtig zu sein. Die Vertheidiger derselben geben selbst zu, daß eine solche Festsetzung der Natur eines unbedingten Befehls nicht vollkommen oder vielmehr in nichts entspreche, als daß nach ihrer Ansicht der Richter hier wie dort ohne Gehör verfahre. Nichts ist auch verschiedener, als eine Kostenfestsetzung und ein unbedingter Befehl. Letzterer hat überall nicht den Zweck, eine Forderung liquid zu stellen, indem er dies vielmehr voraussetzt, sondern nur schnell zur Vollstreckung zu verhelfen; die Kostenfestsetzung dagegen bezweckt keine sofortige Vollstreckung, sondern eine Liquidstellung: es ergeht an den Liquidaten kein Befehl, innerhalb einer Frist zu zahlen, sondern es wird entschieden, wie viel er schuldig ist und erst wenn dies geschehen, kann ein unbedingter Befehl zur Zahlung nachfolgen. Ebenso unrichtig scheint mir aber auch, daß der Richter bei sogleicher Kostenfestsetzung von Amtswegen ohne Gehör verfahre; denn der §. 175 setzt voraus, daß es Fälle giebt, wo die beendigte Verhandlung in der Hauptsache vollen Aufschluß über die Größe der zu ersetzenden Kosten giebt; es liegt nicht wie beim unbedingten Befehl eine einseitig vorgelegte Urkunde vor, sondern ein vollständiges Material für und gegen, wonach der Kostenersatz ermessen werden kann. Nähme die Proceßordnung dies nicht an, warum sollte sie dem Richter überhaupt eine Festsetzung ohne Vernehmen gestatten? Sie kann dies nur thun, weil sie unterstellt, daß die erledigte Hauptverhandlung für sich schon alle Gründe darbietet, welche den Richter in den Stand setzen, die Nothwendigkeit einer jeden einzelnen Handlung, wofür der Kostenersatz gefordert wird, zu beurtheilen, daß also die Hauptverhandlung zugleich die Stelle einer besonderen Kostenverhandlung ersetzt. Daß dies häufig der Fall ist, kann nicht geläugnet werden. Enthalten nun die Akten bereits alle wesentlichen Belege zur Prüfung eines jeden Ansatzes (denn davon muß man ausgehen), so kann sich die Vernehmung des Gegners lediglich auf Gegendeduktion beschränken, die das Gesetz hier gerade vermeiden will. Einreden, welche nicht die Größe des Kostenbetrags betreffen, z. B. der Zahlung, Wettschlagung u. s. w. gehören gar nicht zum Verfahren

---

*) *Paillet*, zu Art. 3.

über die *Liquidation*, sondern sie können noch nach der Festsetzung vorgebracht werden.

Enthalten die Akten nicht alle nöthigen Momente und der Richter setzt gleichwohl die Kosten fest, so folgt daraus nur, daß er gegen die Absicht des Gesetzes handelt und dagegen soll, wie gegen jede andere Verletzung, das Rechtsmittel der Berufung stattfinden, wenn sich der Fall dazu eignet.

Indem der §. 175 zweierlei Arten von Festsetzung zuläßt, will er immerhin, daß *wirklich* festgesetzt d. h. der Betrag ein für allemall entschieden werde; er macht hinsichtlich der Wirkung dieser Entscheidung keinen *Unterschied*, ob sie mit oder ohne Vernehmung ergangen ist, sie soll im letzten Fall nur eine *schnellere* sein. Eine Entscheidung aber vorbehaltlich der Einsprache ist keine Entscheidung und sie würde dem Zweck der Beschleunigung geradezu widerstreben, indem alsdann, weil keine Frist festgesetzt ist, die Einsprache stets noch zugelassen werden müßte, so lange nicht etwa Zahlung erfolgt ist, während selbst der unbedingte Befehl in der damit verbundenen Frist seine Schranken hat. Man hätte also gerade da, wo das Gesetz das allerschnellste Verfahren einführen wollte, das schrankenloseste, was wie die Erfahrung gezeigt hat, durch allerlei Verwickelungen oft zu neuen Rechtstreiten führt. Fordert der Kostenkläger, der eine sogenannte fürsorgliche Festsetzung erwirkt hat, um endlich eine definitive zu erwirken, vorerst die Vernehmung des Gegners, so wird er abgewiesen, weil schon festgesetzt ist und er kein Recht auf des Gegners Einvernahme hat; fordert er Vollstreckung oder einen unbedingten Befehl, so kommt jetzt der Gegner mit seiner Einsprache und im günstigsten Fall erfolgt nun eine abermalige Festsetzung; es kann aber auch sein, daß er ohne diese Festsetzung mit seiner Bitte um Vollstreckung oder unbedingten Befehl, weil nicht auf eine *endliche* Festsetzung gegründet, zur Zeit noch abgewiesen wird.

So spielt ein Verfahren in das andere hinüber und verliert allen processualischen Charakter.

Es ist freilich nicht zu leugnen, daß oft Kostenfestsetzungen ohne Vernehmung ergehen, wo letztere zweckmäßig gewesen wäre und daß dabei überhaupt nicht mit der nöthigen Genauigkeit verfahren wird. Aber ein Hauptgrund liegt gerade in der laxen Ansicht, daß diese Festsetzung nur ein Versuch sei und abgewartet werden könne, ob der Beklagte keine Einsprache erhebe, um dann erst *ernstlich* an die Sache zu gehen. Wird diese Ansicht, womit man den lange angefeindeten §. 175 etwas zu versüßen suchte, aufgegeben und stellt sich dagegen bei den Gerichten die Ansicht fest, daß sie bei sofortiger Festsetzung ebenso gut wie bei der auf Vernehmung erfolgenden ein Endurtheil erlassen, welches nur im Wege der Berufung und häufig wegen mangelnder Summe gar nicht mehr abgeändert werden kann, so wird auf die Kostenliquidationen ein gleicher Grad von Aufmerksamkeit verwendet werden, wie auf andere Liquidationen. Diese Ansicht liegt auch dem §. 20. Nr. 14 der neuen Gerichtsverfassung zu Grund, wodurch bestimmt wird, daß nunmehr gegen Erkenntnisse der Amtsgerichte über den Betrag der von einer Partei der andern zu ersetzenden Proceßkosten das Rechtsmittel der Beschwerdeführung innerhalb acht Tagen stattfinden soll. Denn auch hier wird zwischen der Festsetzung mit oder ohne Vernehmung nicht unterschieden, also für letzten Fall nicht eine vorherige *Einsprache* gefordert, sondern *sogleich* Beschwerdeführung zugelassen. Diese Bestimmung bezieht sich übrigens nur auf die Kostenfestsetzungen der *Amtsgerichte*, daher bei *hofgerichtlichen* Kostenfestsetzungen, hinsichtlich deren es lediglich bei den Bestimmungen der Proceßordnung verbleibt, die hier erörtete Streitfrage noch immer praktische Bedeutung hat.

Hofgerichtsrath *Schmidt*.

III.

Der nach §. 274 der Proceßordnung aufgestellte Abwesenheitspfleger ist nichts Anderes, als ein obrigkeitlich bestellter Gewalthaber zum Empfang der Einhändigungen, er ist somit nicht befugt, für den Abwesenden zu rechten, d. h. Processe zu führen, Parteiverträge abzugeben, Rechtsmittel zu ergreifen und dergl.

In der Praxis wird sehr häufig angenommen, daß, wenn für einen Inländer, dessen Aufenthaltsort bloß unbekannt ist, nach §. 274 der Proceßordnung ein Pfleger aufgestellt wird, dieser Pfleger berechtigt sei, den Abwesenden in dem Processe, für den der Pfleger bestellt ist, in allen Beziehungen zu vertreten, also für denselben Sachwalter aufzustellen, Erklärungen abzugeben, Eide

zuzuschieben und anzunehmen, Rechtsmittel zu ergreifen rc. Diese Ansicht ist aber unrichtig. Denn der Landrechtsatz 111 b. schreibt vor:

Der Abwesende bleibt in Bezug auf seine Rechtsvertretung, Geschäftsführung und Vermögensverwaltung seiner Sorgfalt ebenso wie ein Anwesender überlassen, so lang er nicht vermißt wird oder verschollen ist.

Aus dieser Bestimmung folgt, daß der Pfleger des §. 274 der Proceßordnung nicht dieselben Befugnisse hat, wie ein Abwesenheitspfleger im Sinne des Landrechtsatzes 112. Es kann somit der Pfleger eines Inländers, dessen Aufenthaltsort bloß unbekannt ist, nichts anderes sein als ein Gewalthaber für den Empfang der Einhändigungen, so daß auf ähnliche Weise wie im Falle des §. 279 der Proceßordnung alle Behändigungen, welche nach den Gesetzen der Partei selbst oder in dem wirklichen Wohnsitze derselben geschehen sollen, an den Pfleger zu bewirken sind, und daß jede Einhändigung, welche dem Pfleger geschieht, namentlich auch die Einhändigung von Versäumnißerkenntnissen die nämliche Wirkung hat, als wenn sie der Partei selbst geschehen wäre. Der Pfleger hat alsdann die Pflicht, den Aufenthaltsort desjenigen, für den er aufgestellt ist, auszukundschaften. Wird der Aufenthaltsort nicht in gehöriger Zeit ermittelt, so kann der Abwesendgewesene auf den Grund der Abwesenheit nach §. 661, 1204, 1205, 1234 der Proceßordnung Wiederherstellung gegen Versäumnisse erwirken.

Die bisherige Ausführung findet ihre Bestätigung schon in der Stellung des §. 274, welcher, wie der §. 279, in dem X. Titel der Proceßordnung steht, der von Eröffnung der Ladung und anderer richterlicher Beschlüsse handelt. Sie wird aber insbesondere unterstützt, durch den Wortlaut des §. 274 selbst, welcher nur von der Behändigung spricht. Die Bestimmung in §. 274 wurde offenbar deßhalb gegeben, weil man den Inländer, bei dem die Voraussetzungen des §. 272 nicht vorhanden sind, sondern dessen Aufenthaltsort blos unbekannt ist, nicht durch sofortige öffentliche Vorladung prostituiren, ebensowenig aber auch den Ortsvorgesetzten (§. 263 der Proceßordnung) zumuthen wollte, alle Einhändigungen für die Abwesenden in Empfang zu nehmen und Erkundigungen über ihren Aufenthaltsort einzuziehen.

Nach der hier ausgeführten Ansicht würde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises in mehreren Fällen, insbesondere in Sachen Benz gegen Lauber, vertreten durch den Abwesenheitspfleger Merkle, Vertragserfüllung betreffend, entschieden, nämlich folgende Verfügung erlassen:

In Erwägung, daß der Beklagte, wenn er sich auch an einem unbekannten Orte befinden mag, doch weder vermißt, noch verschollen ist;

In Erwägung, daß ein solcher Abwesender nach L.R.S. 111 b. auf vorsorgliches Einschreiten der Obrigkeit keinen Anspruch hat, vielmehr in Bezug auf seine Rechtsvertretung wie ein Anwesender zu behandeln ist, und somit seiner eigenen Sorgfalt überlassen bleibt;

In Erwägung, daß dieser Grundsatz in dem vorliegenden Falle um so mehr seine Anwendung finden muß, als der vorwürfige Rechtsstreit noch während des Beklagten Anwesenheit begonnen und dieser einen Anwalt zur Führung desselben aufgestellt hat;

In Erwägung, daß die unterlassene Ausstellung gehöriger Vollmachten vor der Entfernung oder die unterlassene Anzeige von seinem jeweiligen Aufenthalt, damit sein Vertreter mit ihm verkehren kann, kein Grund ist, die Handlungen, die deßhalb unterbleiben müssen, durch einen Vertreter, wie solcher nach L.R.S. 112 nur einem Vermißten aufzustellen ist, vornehmen zu lassen;

In Erwägung, daß, wenn auch der Unterrichter einen Pfleger im Sinne des §. 274 der Proceßordnung aufgestellt hat, dieser doch in keinem Falle zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimirt ist, da der Beklagte vor seiner Entfernung dafür hätte Vorsorge treffen können und sollen, vielmehr die Abwesenheit nach §. 1205 der Proceßordnung nur ein Grund zur Wiederherstellung gegen Versäumnisse werden kann;

In Erwägung, daß der appellantische Anwalt bis jetzt keine Vollmacht von dem Beklagten vorgelegt hat:

Aus diesen Gründen wird dem appellantischen Anwalt aufgegeben, binnen vier Wochen eine von dem Beklagten ausgestellte Vollmacht zur Einführung der Appellation vorzulegen; widrigenfalls die auf die Beschwerdeschrift erkannte Ladung wieder zurückgenommen und die Acten wegen nicht gehörig eingereichter Beschwerdeschrift an das Untergericht zurückgesendet werden sollen. Haager.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 19.** Karlsruhe, den 8. Mai 1847

I.

Literaturbericht.

Der Staatsanwalt und sein Dienst als öffentlicher Ankläger in Frankreich und Baden, von Ludwig Frey, Lehrer des französischen Rechts an der Universität Heidelberg. Heidelberg, bei Wilhelm Hoffmeister 1845 *).

Je näher der Zeitpunkt rückt, wo die Trennung der Justiz von der Administration und die neue Strafgesetzgebung in's Leben treten soll, desto gieriger wendet sich unser Blick jedem wissenschaftlichen Producte zu, welches diese große Reform in irgend einer Richtung bespricht, um daraus Belehrung zu schöpfen und sich mit der hohen Aufgabe, die der Eine als Ankläger, der Andere als Vertheidiger und der Dritte als Richter zu erfüllen hat, vertrauter zu machen.

Mit warmem Gefühle ruft uns der Verfasser obiger Schrift zu:

„Volk von Baden, ich wünsche dir Glück zu diesen neuen Gesetzen, empfange sie freudig aus der Hand deiner erleuchteten und humanen Staatsgewalten als solide Durchgangsperioden zu weitern, spätern Verbesserungen und quittire ihnen dankbar die ehrlich geleisteten progressiven Abschlagszahlungen auf die große Zinsmasse vom Stockvermögen der Vollkommenheit, das Gott dem Menschen à fonds perdu, oder unaufkündbar, vorgeschossen hat!"

Wer wird nicht von ganzem Herzen einstimmen in diesen Ausruf, wer wird nicht gerne zur gedeihlichen Entwickelung und Fortbildung der neuen Institutionen sein Scherflein beitragen?

*) Durch Zufall verspätet.

Die vorliegende Monographie beschäftigt sich mit dem öffentlichen Ankläger und seinem Dienste. Aus der Discrepanz, welche sie zwischen dem französischen ministère public und der badischen Staatsanwaltschaft zieht, lernen wir am Besten die Gebrechen des Erstern und die Vorzüge der Letztern kennen. Wir verweisen in dieser Hinsicht besonders auf Kap. III., §. 3. Kap. IV., §. 3. Kap. VI., §. 1 und 2. Kap. VIII., Tit. 4. Kap. IX., §. 1 und Kap. XI., §. 2.

Nachdem sich der Verfasser mit Offenheit bald in Lob, bald in Tadel ergossen hat, schließt er seine kritischen Betrachtungen mit den treffenden Worten:

„Allerwärts ist Licht und Schatten, also auch im Institute der badischen Staatsanwälte. Doch das Licht schlägt kräftig vor, ist ungleich größer als der Schatten, darum auch mein unbedingtes Votum für das Institut."

Vielleicht ist aber auch nicht Alles Schatten, was der Verfasser dafür ansieht. Wir wollen es versuchen, seine Angriffe auf einzelne Bestimmungen bescheiden abzuwehren.

§. 1.

Zuvörderst werden (Kap. II., §. 2.) Vorschriften darüber vermißt, ob die badischen Staatsanwälte gleich den französischen zu den Berathungen der Gerichte über Gegenstände des inneren Dienstes beizuziehen und in so fern zur Stellung von Anträgen befugt sind?

Diese Lücke findet sich aber auch in dem Code d'instruction criminelle. Erst das kaiserliche Decret vom 30. März 1808 giebt hierüber Bestimmungen, welche für Baden füglich in einer besonderen Instructivverordnung ertheilt werden können, da ohnedies in Bezug auf die Hierarchie noch Manches zu ordnen ist. In der Eigenschaft als Ankläger und Vertreter des öffentlichen Interesses werden unsere Staatsanwälte, nach Ansicht des

§. 49 der Strafproceßordnung in den Fällen der §§. 192, 205, 210, 225 Nr. 2, 226, 241, 275, 283, 287, 295, 298, 305 und 316, den Berathungen des Gerichts nicht beiwohnen können.

§. 2.

Dem Verfasser ist (Kap. II., §. 3) unbegreiflich, warum der badische Gesetzgeber, der die Trennung der Anklage von der Untersuchung will, sie nicht überall will, wo gestraft werden kann, wie bei den Amtsgerichten und den einfachen Polizeigerichten der Stadt- und Landbürgermeister. Dies erklärt sich aber unseres Erachtens einfach daraus, daß eben der badische Gesetzgeber die französische Einrichtung nicht durchgehends adoptiren, daß er die Trennung nicht weiter wollte, als er sie wirklich eingeführt hat. Man könnte in diesem Betracht versucht sein, zu fragen: Warum hat der französische Gesetzgeber, der doch das Schwurgericht wollte, gewisse Straffälle den Zuchtpolizeigerichten, andere den Specialgerichten und wieder andere der Pairskammer, als Staatsgerichtshof, zur Aburtheilung überwiesen, statt alle Vergehen und Verbrechen durch die Jury richten zu lassen? Welcher Gesetzgebung läßt sich nicht zum Vorwurf machen, daß sie dieses oder jenes Princip, dieses oder jenes Institut nur bis zu einem gewissen Punkte und nicht bis in die kleinsten Details consequent durchgeführt hat. Die Gesetzgebungspolitik tritt bald da, bald dort mit einem auf eigenthümliche Verhältnisse gestützten Veto dazwischen.

Indessen sind unter den Vergehen, worüber nach §. 56 der Gerichtsverfassung das Erkenntniß den Amtsgerichten zusteht, manche begriffen, deren Untersuchung und Bestrafung durch eine Anklage bedingt ist.

Für Polizeidelicte bleibt die Einführung der Anklage, welche z. B. für Forstfrevel durch ein besonderes Gesetz bereits statuirt ist, dem hierüber zu erwartenden Polizeistrafcodex vorbehalten.

§. 3.

An einem andern Orte (Kap. IV. §. 3) sind gewisse, den Staatsanwälten eingeräumte Befugnisse getadelt. Hierher gehört

1) Die Bestimmung des §. 41, Nr. 4 der Strafproceßordnung, welche dem Anklageprincip widersprechen soll, während es sehr leicht gewesen wäre, einen Ersatzmann des Untersuchungsrichters zu finden.

Es ist jedoch wohl zu bedenken, daß der Staatsanwalt, indem er das Interesse der Gesammtheit vertritt und bei der Voruntersuchung sowohl zur Erforschung des Thäters, als zur Herstellung des objectiven Thatbestandes mitwirkt, nicht eigentlich als Partei handelt. Er ist — wie die Franzosen sagen — das Auge des Gesetzes. Nur in Nothfällen soll er zur Ergreifung von fürsorglichen Maßregeln ermächtigt sein. Diese Befugniß steht ja nicht minder den Polizeibehörden (§. 51) und namentlich den Bürgermeistern zu. Wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, ist der Staatsanwalt in Abwesenheit des Untersuchungsrichters und des ihn vertretenden Amtsrichters ausnahmsweise Augenschein, Haussuchung und andere Untersuchungshandlungen vorzunehmen befugt, wie in eilenden Fällen der Untersuchungsrichter, auch ohne den Antrag des Staatsanwalts abzuwarten, die zur Feststellung des Thatbestandes und zur Verfolgung oder Festnehmung des Thäters nöthigen Handlungen vorkehren darf (§. 54).

Keine Regel ohne Ausnahme. Will man nicht den Zweck verfehlen und das Kind mit dem Bade ausschütten, so muß man dergleichen Ausnahmen, auch wenn sie noch so inconsequent scheinen sollten, aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit gestatten.

Der Verfasser, welcher sogar (Kap. VIII., Tit. 4, S. 96) beklagt, daß dem Staatsanwalt durch den §. 43 untersagt ist, den Verhören der Zeugen und Angeschuldigten beizuwohnen, dürfte sich daher mit der Bestimmung des §. 41, Nr. 4 um so eher befreunden, als dieselbe mit dem Anklageprincip weniger unverträglich zu sein scheint, wie die Anwesenheit des Staatsanwalts bei jenen Verhören, von welchen, wenn man den Staatsanwalt für eine Partei hält, leicht nachtheilige Einwirkungen für den Angeschuldigten befürchtet werden könnten. Ist es nach der gewiß richtigen Ansicht des Verfassers tadelnswerth, daß der französische Untersuchungsrichter bei den Zuchtpolizeigerichten mit auf der Richterbank sitzt und zuweilen selbst den Vorsitz führt, so dürfte es nicht minder ungeeignet scheinen, daß der Staatsanwalt an den vom Untersuchungsrichter zu pflegenden Verhören der Angeschuldigten, gegen die er später als Ankläger in die Schranken tritt, irgend Antheil nimmt. Die unparteiische Stellung des Staatsanwalts scheint uns mehr gesichert, wenn er von diesen Verhören ausgeschlossen bleibt und seine allenfallsigen Fragen erst bei der Schlußverhandlung stellt, nicht zu gedenken, daß vielleicht manches Verhör ausgesetzt oder

aufgeschoben werden müßte, weil der Staatsanwalt und sein Substitut durch anderweite Geschäfte, wie z. B. durch die Verhandlungen bei dem Bezirksstrafgerichte, verhindert sein könnte, demselben anzuwohnen. Dergleichen Verschleife wären aber vom Uebel.

2) Der Verfasser findet darin, daß der §. 62 dem Staatsanwalt gegen das Erkenntniß des Bezirksstrafgerichts auf Einstellung des Verfahrens die Beschwerdeführung mit aufschiebender Wirkung an das Hofgericht gestattet, eine Ungleichheit der Parteiwaffen und glaubt, daß alsdann, wenn sich das Bezirksstrafgericht in Uebereinstimmung mit dem Untersuchungsrichter für die Niederschlagung des Processes ausgesprochen hat, der Staatsanwalt damit zufrieden sein müßte, ohne auch noch das Hofgericht mit seinen sechs Votanten angehen und also im Ganzen den Ausspruch von 10 Richtern fordern zu dürfen.

Diese Ansicht geht jedoch zu weit. Man darf nicht unterstellen, daß Starrsinn oder Hartnäckigkeit die Schritte des Staatsanwaltes leitet. Wenn sich z. B. bei dem Bezirksstrafgericht nur eine Majorität von zwei Stimmen für die Einstellung des Verfahrens erklärte und die dritte Stimme die Beschwerde des Staatsanwaltes begründet fand, so ergiebt sich das Verhältniß von drei gegen zwei. Nun kann man sagen, die divergirenden Ansichten des Staatsanwalts und des Untersuchungsrichters neutralisiren sich gegenseitig. Warum sollte aber, weil die Meinung des Letzteren eine Stimme mehr für sich hat, als die des Ersteren, dem Agenten der Gesellschaft gegen das bezirksstrafgerichtliche Erkenntniß auf Einstellung des Verfahrens keine Beschwerde zustehen; müßte nicht das vom Verfasser aufgestellte Princip zur Versagung aller Rechtsmittel führen? Es dürfte hiebei billig berücksichtigt werden, daß der Staatsrecurs gegen Endurtheile sehr beschränkt, der Recurs des Angeklagten hingegen unbedingt gestattet ist. Diese Ungleichheit der Parteiwaffen — wenn man so sagen will — scheint uns viel bedeutender im Interesse der Angeklagten, als in jenem der Gesammtheit.

3) Das dem Staatsanwalt im §. 102 verliehene Recht, gegen das bezirksstrafgerichtliche Erkenntniß, wodurch ein Verhaft aufgehoben wird, gleichfalls Beschwerde beim Hofgericht zu führen, erklärt der Verfasser für ein würdiges Seitenstück zu jenem des §. 62. — Dieses Recht steht aber nebstdem, daß in Frankreich wegen eines jeden Verbrechens (crime) immer Verhaftung stattfindet, auch der französischen Staatsbehörde zu. Code d'instr. crim., art. 135.

Im Rückblick auf den §. 185 der Strafproceßordnung ist hier wohl zu beachten, daß der Verhaft jedenfalls von dem Untersuchungsrichter erkannt worden sein muß. Wird nun die Freilassung vom Bezirksstrafgericht nur mit einer Majorität von zwei Stimmen verfügt, so sind eigentlich gleichviel Stimmen für die Fortdauer wie für die Aufhebung des Verhafts.

Hatte aber das Bezirksstrafgericht den Verhaft, welchen es jetzt aufheben will, früher selbst bestätigt, so ist gewiß noch mehr Grund vorhanden, durch das Organ des Staatsanwalts den Ausspruch des höheren Richters einholen zu lassen, damit nicht etwa durch die Flucht des Angeschuldigten das Resultat der Untersuchung vereitelt werde. Daß die Entscheidung, um den Verhaft nicht ungebührlich zu verlängern, schleunig erfolge, dafür ist durch weise Vorschriften gesorgt.

§. 4.

Ein weiterer Tadel (Kap. VI. §. 3) besteht darin, daß die Versetzung in den Anklagestand nicht einer Abtheilung des Hofgerichts übertragen wurde, ähnlich wie in Frankreich, wo eine aus fünf Mitgliedern bestehende Rathskammer am königlichen Gerichtshof die Anklagekammer bildet.

Der Verfasser huldigt hiebei der Meinung, daß fünf Stimmen mehr Garantie für eine reifliche Erwägung bieten, wie drei. Die größere Bürgschaft könnte aber auch durch jeweilige Verstärkung des Bezirksstrafgerichts um zwei Mitglieder erreicht werden; eine Verstärkung die vielleicht über kurz oder lang aus anderen Rücksichten wird erfolgen müssen. Die Erfahrung mag seiner Zeit hierüber entscheiden.

Von unserem Standpunkt aus glauben wir indessen, daß einem aus drei Richtern bestehenden Collegium, welches (nach §. 60 der Gerichtsverfassung) bis zu drei Jahr Zuchthaus und bis zu sechs Jahr Arbeitshaus erkennen darf, die Versetzung in den Anklagestand, wodurch der endlichen Freisprechung des Angeklagten in keiner Weise präjudicirt wird, füglich übertragen werden konnte, weil auf anderem Wege hinreichender Schutz gegen Irrthum oder Uebereilung gewährt ist, da der Angeschuldigte gegen den deßfallsigen Ausspruch die Be-

schwerdeführung an das Hofgericht und dann, wenn er als Angeklagter von diesem verurtheilt ist, den Recurs an das Oberhofgericht hat. Diese beiden Schutzmittel, welche wohl in die Wagschaale gelegt zu werden verdienen, sind dem französischen Rechte fremd. Die badische Einrichtung gewährt außerdem noch den großen Vortheil einer besonderen Beschleunigung, die in Strafsachen nicht hoch genug angeschlagen werden kann. Durch die Rapporte des Untersuchungsrichters und die Anträge des Staatsanwalts wird das Bezirksstrafgericht schon während dem Laufe der Untersuchung von dem Gegenstand derselben in einer Weise unterrichtet, daß es ihm ein Leichtes sein muß, auf Vorlage der geschlossenen Acten ohne Aufenthalt nach Maßgabe der §§. 205—207 zu beschließen, während der Staatsanwalt und die Anklagekammer beim Hofgerichte, wegen Neuheit der Sache, erst einige Zeit bedürfen würden, um die Anträge und Beschlußfassung vorzubereiten.

Auf der anderen Seite wäre bei dem gegenwärtigen Personalstand, von dessen Vermehrung zur Zeit keine Rede ist, die Ueberweisung der Functionen einer Anklagekammer an die Hofgerichte ohne den größten Nachtheil für den Fortgang der Geschäfte nicht ausführbar, da unsere vier Gerichtshöfe neben der Civiljurisdiction nicht allein die Recurse gegen amtsgerichtliche und bezirksstrafgerichtliche Strafurtheile zu erledigen, sondern auch in erster Instanz über die Untersuchungen gegen privilegirte Personen zu entscheiden und obendrein die schwereren Verbrechen abzuurtheilen haben, welche in Frankreich an die Assissen, an die Specialgerichte und an die Pairskammer verwiesen sind. Hätte der badische Gesetzgeber die Schwurgerichte eingeführt, so würden die Anklagekammern ohne Zweifel bei den Hofgerichten constituirt worden sein, weil ein großer Theil der zeitraubendsten Geschäfte an die Jury, deren Sitzungen jeweils nur vor einem Rathe des Gerichtshofs präsidirt werden, übergegangen wäre.

§. 5.

Endlich eifert der Verfasser (Kap. VII. §. 3) gegen die Stellung specieller Strafanträge in den Anklagen; aber gewiß mit Unrecht, denn die Anklage wäre, wenn sie keinen bestimmten Strafantrag enthielte, ein Stückwerk, ein Syllogismus ohne Conclusion. Will man mit dem verrosteten Postulate „curia debet nosse jus" hervortreten, so muß man, um consequent zu sein, Anklage wie Vertheidigung für Luxus erklären und dem Gerichte schlechthin überlassen, das Urtheil aus den Acten zu finden. Allerdings ist, wenn das Untersuchungsfactum einfach und klar vor Augen liegt, die Subsumtion desselben unter das Strafgesetz kein sonderliches Kunststück, besonders dann, wenn es sich um eine unwandelbare festbestimmte Strafe handelt. Wenn dagegen das Factum verwickelt, der Character des Verbrechens zweifelhaft, die Strafe nach Gattung und Größe unbestimmt oder vom richterlichen Ermessen abhängig gemacht, wenn von Milderungs- und Erschwerungsgründen die Rede ist, dann wird man einen bestimmten Strafantrag für zweckmäßig erachten müssen. Und für solche Fälle sind die gesetzlichen Vorschriften berechnet. Die wesentlichen Bestandtheile der Anklage, wie solche im §. 216 unter Nr. 1, 2 und 3 aufgestellt sind, fordern nothwendig einen bestimmten Antrag, nicht sowohl um dem Gerichte einzutrichtern, was Rechtens ist, als um die gerichtliche Verfolgung des Angeklagten vor diesem oder jenem Tribunal zu rechtfertigen, und ihm Gelegenheit zu geben sich auch gegen den Strafantrag und dessen Begründung zu vertheidigen. Im innigsten Zusammenhang mit dem §. 216 steht der §. 246, wornach das Gericht nicht über, sondern nur unter den Antrag des Staatsanwalts gehen darf. Warum sollte im Strafprocesse ein bestimmtes Petitum nicht eben so nöthig sein, wie im Civilprocesse, da dort wie hier dem Richter gesagt werden muß, worüber u. wie zu entscheiden sei, wenn man nicht neben dem Anklageproceß auch noch den Inquisitionsproceß, in welchem der Richter zugleich den Ankläger macht, beibehalten will. Die Stellung eines bestimmten Strafantrags, welcher auch alternativ oder eventuell formulirt werden kann, ist praktisch für die mündliche Schlußverhandlung und wohlthätig für den Angeklagten, also mit Grund nicht zu tadeln.

§. 6.

Zum Schluße sei uns noch die Bemerkung erlaubt, daß die in der Aufschrift bezeichnete Broschüre für die badischen Staatsanwälte manchen klugen Wink und guten Rath enthält, wovon sie als Neulinge, die noch keine Muster vor sich haben, viel Nutzen ziehen können. Ueberhaupt ist es jetzt mehr als sonst Bedürfniß für den ausübenden Juristen in Baden, sein Augenmerk auf die französischen Institutionen zu richten, welche zum Theil bei uns einheimisch geworden sind. Um sich hierin ein,

zuweihen, benütze man Frankreichs Civil- und Criminalverfassung, kritisch dargestellt von dem Verfasser der hier besprochenen Monographie, Mannheim, Verlag von Heinrich Hoff 1842. Niemand wird dieses mit genauer Kenntniß der Verhältnisse geschriebene Buch unbefriedigt aus der Hand legen. D. R.

II.

Verkauf von Früchten auf dem Halm. Besteht das Verbot desselben noch? *).

Am 28. April d. J. hat sich die Regierung des Unterrheinkreises veranlaßt gefunden, die Verordnung vom 25. Juni 1817, den Verkauf der Früchte auf dem Halm betreffend, wieder zu verkünden, eine Verordnung, deren Zweckmäßigkeit in Zeiten des Fruchtmangels und der Theuerung, wie die gegenwärtige, wohl von Niemand als etwa von den Fruchtwucherern beanstandet werden wird.

Im Interesse der Rechtssicherheit und geleitet von dem Wunsche, daß jene wohlmeinende Maaßregel ihren Zweck nicht verfehlen möge, erlaube ich mir jedoch hier darauf aufmerksam zu machen, wie die fortdauernde Gültigkeit der erwähnten Verordnung sehr erheblichen rechtlichen Anständen unterliegen dürfte. Dieß wird sich aus folgendem ergeben:

Im Regierungsblatt vom Jahr 1817. Nr. 15. S. 55 wurde durch höchste Entschließung vom 16. Juni eine eigene Immediatkommission zu schleuniger Anordnung der durch die steigende Theuerung der Lebensmittel gebotenen Maßregeln aufgestellt, nachdem schon längere Zeit vorher Getreidesperre verfügt worden war. Schon am 18. Juni erließ jene Commission eine Reihe von Anordnungen, den Verkauf der Früchte und die Bestimmung des Preises betreffend. S. 56 des nämlichen Regierungsblattes. Im folgenden Blatt, Nr. 16. S. 59 erschien die fragliche, vom Ministerium des Innern mit höchster Genehmigung gegebene Verordnung, wodurch das gänzliche Verbot des Verkaufs der Früchte auf dem Halm als Regel ausgesprochen wurde.

*) Dieser Aufsatz entstand, bevor das provisorische Gesetz vom 3. Mai, Regierungsblatt Nr. 19 erschienen war. Vergleiche hierüber die am Schlusse beigefügte Bemerkung. D. R.

Nachdem die Theuerung nachgelassen hatte, erschien aber im Regierungsblatt Nr. 20. S. 74 eine allgemeine höchste Entschließung vom 14. August, wodurch erklärt wurde, „die bisher im Großherzogthum angeordnet gewesene Getreidesperre und alle wegen der Fruchttheuerung ergangenen Verordnungen mit den darauf Bezug habenden Maßregeln“ seien nunmehr wieder aufgehoben . . .

Es läßt sich nicht verkennen, daß die mehrerwähnte Verordnung vom 25. Juni durch die Fruchttheuerung veranlaßt wurde, und mit zu den auf solche Bezug habenden Maßregeln gerechnet werden darf, obwohl sie nicht von jener Immediatkommission ausgegangen ist. Nach der allgemeinen Fassung der angeführten Aufhebungsverordnung wird sie daher als wiederaufgehoben angesehen werden müssen. Hiefür spricht auch die Rücksicht, daß das gänzliche Verbot des Fruchtkaufes auf dem Halm für alle Fälle und ohne weitere Ausnahme als die in der fraglichen Verordnung Art. 2 beigefügte, immerhin als eine allzugroße Beengung des freien Verkehrs erscheinen dürfte, wenn es für die Dauer gelten würde, während es sich als vorübergehende Maßregel rechtfertigt. Es spricht hiefür ferner die Vorschrift unserer bürgerlichen Proceßordnung über Pfändung der Früchte auf dem Halm (§. 1008—1015) indem hienach Verkauf der Früchte auf dem Halm im Zwangswege allgemein zugelassen und nur der allzuvorzeitige Verkauf (länger als sechs Wochen von dem gewöhnlichen Zeitpunkt der Reife) beseitigt worden ist.

Allerdings unterstellten schon die deutschen Reichsgesetze, an althergebrachte deutsche Rechtsansichten sich anschließend, den Verkauf der Früchte auf Stock und Halm, weil derselbe leicht in Wucherhandel ausartet, einer besonderen Beaufsichtigung und Beschränkung, indem jeweils der Preis dem gemeinen Werth des Ertrags zur Vertragszeit oder 14 Tage nach der Ernte entsprechen sollte.

Vergl. Reichspolizei-Ordnung vom J. 1548. Tit. 19.

„ desgl. vom J. 1577. Tit. 19.

Einzelne Partikularrechte schritten sogar zu einem ausgedehnteren Verbot solchen Verkaufes, und dahin gehören namentlich die Badendurlachische Landesordnung, Theil 5., Tit. 3 (womit zu vergleichen Band I. S. 177

des bekannten Alphabet-Auszugs) und die Kurpfälzische Landesordnung, Tit. 10. §. 8.

Nach Eintritt unseres neuen Landrechtes mußte indessen wohl jede derartige Beschränkung des freien Verkaufsrechtes, aufhören, da nach Landrechtsatz 1598 alles verkäuflich ist, was nicht dem Rechtsverkehr allgemein entzogen ist, soweit nicht besondere Gesetze die Veräußerung verbieten. (Vergl. hiezu Brauers Erläuterungen B. 5 S. 333) *). Es läßt sich auch nicht verkennen, daß eine so ausgedehnte Beschränkung des Verkaufsrechtes, das gänzliche Verbot des fraglichen Verkaufes wegen des zu besorgenden Mißbrauches, mit dem Geiste unseres Landrechtes sich nicht wohl vertragen würde. Man hat daher auch in dieser Beziehung guten Grund anzunehmen, daß das Verbot vom Jahr 1817 nur als eine vorübergehende Maßregel und durch die h. Entschließung vom 14. August wiederaufgehoben anzusehen ist.

Mögen sich auch für die entgegengesetzte Annahme beachtungswerthe Gründe aufweisen lassen, und mag derselben vielleicht in größerem oder geringerem Umfang die Uebung zur Seite stehen, so muß man nach dem Obigen allermindestens einräumen, daß die Sache erheblichem Zweifel unterliegt, und dieß dürfte genügen, um eine weitere Maßnahme von Seiten der Regierung, etwa die Erwirkung eines provisorischen Gesetzes, wünschenswerth zu machen. Es könnte hiebei der weitere Vortheil erreicht werden, daß das Verbot genauer bestimmt würde, als dieß in der früheren Verordnung geschehen ist.

Kaum hatte ich diese kleine Abhandlung beendigt, so erschien das Regierungsblatt Nr. 19 mit dem provisorischen Gesetze vom 3. Mai d. J., woraus ich mit Vergnügen ersehe, daß der obige Wunsch unnöthig ist, indem dem angedeuteten Mißstand nunmehr nach Gebühr abgeholfen ist. Ich darf hienach annehmen, daß die oberste Staatsbehörde von einer ähnlichen Ansicht, wie die obenvertheidigte ausgegangen ist und insofern mag vorstehende Ausführung zur Verständigung über das provisorische Gesetz beitragen. Eine solche Verständigung scheint mir nicht überflüssig, da das provisorische Gesetz nach dem zu hoffenden Wegfallen seines Grundes voraussichtlich wieder aufgehoben werden dürfte und die gegentheilige Ansicht, soweit ich wahrzunehmen Gelegenheit hatte, immerhin sehr verbreitet war, wie auch aus der so vielfach benützten „Polizeigesetzgebung" von Rettig, §. 1323 der dritten Auflage, zu ersehen ist.

Eduard Brauer.

*) Als polizeiliche Gesetze betrachtet, würden freilich jene früheren Verbote gemäß Art. 17 des I. Einführungs-Ediktes in polizeilicher Beziehung neben dem Landrecht immerhin in Wirksamkeit geblieben sein können. D. R.

III.

1) Die durch Gefällverwaltungen geführten und in einem Archive des Rechnungsherrn aufbewahrten Rechnungen sind keine bloßen Hausaufzeichnungen im Sinne des L.R.S. 1331, sondern beweisen auch, Dritten gegenüber, die Wahrheit der darin dem Rechner in Einnahme gesetzten Zahlungen, und es kann durch sie der Beweis der Ersitzung eines Rechtes zu Gunsten des Rechnungsherrn geführt werden, zumal wenn dieser Beweis durch andere ältere Urkunden unterstützt wird.

2) Die Einrede des L.R.S. 710 f. c. findet nicht Platz, wenn eine Urkunde nur als Unterstützung für den Beweis der Verjährung und nicht als urkundlicher Rechtstitel geltend gemacht wird.

Fürstenberg gegen Mundelfingen.
(Ablösung von Herrenfrohnden.)

Hofgericht des Seekreises. Urtheil vom 6. October 1845, Nr. 9578.

Oberhofgericht I. Sen. Urtheil vom 10. Juli 1846, Nr. 2868.

Motive des Großherzoglichen Hofgerichts.

Die Urkunden — welche die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg zum Beweise dafür angerufen hatte, daß sie die von ihr in Anspruch genommene Frohndpflichtigkeit durch Ersitzung erworben habe — sind die Rechnungen der Rentämter Löffingen, Hüfingen und Blumberg aus dem Zeitraum vom Jahr 1658 bis 1832, gegen welche von Seiten der Beklagten lediglich erklärt wurde, daß sie dieselben nicht für das anerkenne, wofür sie ausgegeben sind. Dieser Widerspruch kann jedoch der Be-

Beweiskraft der Urkunden keinen Eintrag thun. Denn sie sind, so weit sie bis zum Jahre 1810 herabsteigen, nicht nur für alt anzusehen, sondern auch aus einem Archive entnommen, welchem bis zum Jahr 1806, wo der Fürst von Fürstenberg, bis dahin Landesherr, der Souveränität Badens unterworfen wurde, die Eigenschaft eines öffentlichen zukam, was eine Vermuthung, sowohl für die Urschrift, als für die Aechtheit begründet.

Ferner ist für den Zeitraum nach dem Jahre 1806 gerichtskundig, daß die Standesherrschaft Fürstenberg ihr Vermögen durch eigens aufgestellte und verpflichtete Rentbeamte verwalten läßt, und das Gleiche gilt auch für die frühern Zeiten, womit die Besorgniß, daß in den Rechnungen Einträge zum Nachtheile der Einwohner von Mundelfingen wahrheitswidrig gemacht worden seien, um so mehr beseitigt ist, als die Beklagte selbst einräumte, daß die Bauern und die Gemeinde vom Jahre 1809, bis wohin die Vertreter der Gemeinde sich erinnern, sowohl den Betrag von 78 fl. — als von 37 fl. — bezahlten, wenn auch die Beklagte in Abrede stellt, daß dies die fraglichen Frohndsurrogate gewesen seien.

Uebrigens sind die vorgelegten Rechnungen theilweise unerheblich, die vom Jahre 1811 bis 1832 aus dem Grunde, weil das Frohndrecht, wenn es vor dem 1. Januar 1810 noch nicht erworben war, nach dem Obigen durch fortgesetzten Besitz nicht mehr erworben werden konnte, die Rechnungen vom Jahre 1658 bis 1729 darum, weil die unvordenkliche Verjährung durch den Beweis eines rechtlichen Zustandes während zweier Menschenalter, d. i. während 80 Jahren, dargethan ist; erheblich sind darum vorzugsweise die Rechnungen vom Jahr 1730 bis 1810, laufend von Georgi.

Diese Rechnungen beginnen hinsichtlich des in Anspruch genommenen Lastgeldes von 78 fl. — in den Jahren 1729 und 1730 mit dem Eintrage, daß jeder Bauer des Orts Mundelfingen schuldig sei, gnädiger Herrschaft eine Last Kernen oder Haber nach Schaffhausen, Stein, Zell oder sonst wohin zu Markt zu führen, und im Nichtbedürfungsfalle für seine Last 4 fl. zu bezahlen, sodann, daß in jenen Jahren das Letztere geschehen sei. Und so dauern die Einträge fort bis zum Jahre $17^{45}/_{46}$, von wo an ein sogenanntes Lastgeld, ein Fruchtfuhrlohn und ein Fruchtfuhrgeld in Einnahme gesetzt, welche Verschiedenheit in der Benennung darum nicht von Erheblichkeit ist, weil der Name Lastgeld schon durch die früheren Einträge hinreichend erklärt und im Uebrigen zu verschiedenen Malen das Gefäll dadurch erläutert wird, daß es mit der Frohndpflicht der vorhandenen Bauerngüter in Verbindung gesetzt und dabei bemerkt ist, daß ein ganzes Bauerngewerbe mit 4 fl. angelegt sei. Das Ergebniß läßt sich also dahin zusammenfassen, daß in den 80 Jahren von 1730 bis 1810 — der Mangel der Rechnung vom Jahr $17^{54}/_{55}$ kommt bei der übrigen Masse nicht in Betracht — die Bauern von Mundelfingen statt einer Naturalfrohnd ein Surrogat fortwährend und ununterbrochen an die Landes- und beziehungsweise Standesherrschaft Fürstenberg entrichtet haben. Die Größe dieses Surrogates, welches nach der Anzahl der frohndbaren Bauerngüter 80 fl. betrug, hat zwar im Laufe jenes Zeitraumes einigermaßen gewechselt und ist vor dem Jahr 1752 mehrmals auf 76 fl. herabgekommen, jedoch nur wegen vorübergehender Ursache, weil nämlich einer der Bauern den Vogtsdienst bekleidete und deßhalb von Frohnden befreit war, woraus eine Verminderung des Surrogates überhaupt nicht gefolgert werden kann. Mit dem Jahre 1753 trat diese Frohndfreiheit nur noch für ein halbes Bauerngut ein und die Summe stieg auf 78 fl. und vom Jahre 1762 erscheinen dann wieder 80 fl., bis im Jahr 1793 wegen Zerstückelung eines halben Gutes die Summe auf 78 fl. festgesetzt wurde, welcher Betrag in der Klage gefordert ist, und nach dem Angeführten einen Besitzstand bis zurück zum Jahre 1753 für sich hat.

Ist hiernach von der Klägerin die behauptete Frohndberechtigung gehörig dargethan ꝛc.

Motive des Großherzoglichen Oberhofgerichts.

Dieser Beweis — daß das in Anspruch genommene Frohndrecht oder Surrogat dessel ben schon bei der Einführung des Landrechts am 1. Januar 1810 durch unfürdenkliche Verjährung erworben gewesen sei — kann auch durch Urkunden geführt werden, insofern sich aus denselben ergiebt, daß das in Anspruch genommene Recht nicht allein in dem letzten, sondern auch in dem vorletzten Menschenalter geübt worden ist; und es fragt sich daher, ob die von der Klägerin vorgelegten Urkunden diesem Erforderniße entsprechen.

Die Klägerin hat die Rentamtsrechnungen vom Jahr 1713 bis zum Jahr 1832 zum Beweise angerufen, daß

die fraglichen Lastgelder während dieser ganzen Zeit entrichtet worden seien.

Diese Rechnungen wurden auch mit Ausnahme jener von 1717 und von $17^{54}/_{55}$ vorgelegt, und kommt darin überall die Erwähnung dieser Frohndverbindlichkeit den Werthanschlag von 4 fl. für jede Fuhre und dessen Vereinnahmung insoweit die Frohnden nicht in Natur geleistet wurden in Rechnungseinnahme vor, insbesondere in den Rechnungen von 1729 und 1730 mit der Bemerkung, daß jeder Bauer des Orts Mundelfingen schuldig sey, gnädiger Herrschaft eine Last Kernen oder Haber nach Schaffhausen, Stein, Zell oder sonst wohin zu Markt zu führen und im Nichtbedürfungsfalle für jede Last 4 fl. zu bezahlen und daß dieses letztere in diesen Jahren geschehen sei.

Es wird nun diese Frohndvergütung für 20 Bauern mit 80 fl. vereinnahmt.

In der Rechnung von 1793 wird sodann angeführt:

„von 20 frohndbaren Bauerngütern daselbst wirft das gnädigster Herrschaft gebührende Last oder Fruchtfuhrgeld à 4 fl. von jedem in summa 80 fl. ab, weilen aber das hofmännische Gütel daselbst verstückelt worden, und 2 fl. hierwegen an diesem Lastgeld abziehen, so sind vi grat. Resol. camer. aul. de 29. September 1792 dann des Mundelfingers Renovations-Liquidations-Protokolli vom 8. Oktober c. a. nur noch anher zu vereinahmen 78 fl. Von dieser Zeit an sind diese 78 fl. nicht allein bis 1810, sondern bis zum Jahr 1832 vereinnahmt.

Die beklagte Gemeinde hat zwar diese Rechnungen nicht für das anerkannt, wofür sie ausgegeben wurden, da solche aber Urkunden sind, welche von den Rechnungsbeamten der fürstlichen Standesherrschaft zur Rechenschaft ihrer Geschäftsführung übergeben, und von dieser in ihrem Archive aufbewahrt worden sind, da man durchaus nicht annehmen kann, daß diese Rechnungsbeamten über ein Jahrhundert hindurch sich Gelder in Einahme gesetzt haben sollen, die nicht an sie bezahlt wurden, oder daß eine solche Vereinnahmung fälschlicher Weise im Einverständniß mit der fürstlichen Standesherrschaft zur absichtlichen Benachtheiligung der Einwohner in Mundelfingen geschehen sei, so kann man keinen Zweifel dagegen haben, daß ihr Inhalt sehr glaubwürdig ist, und ihnen einige Beweiskraft, und zwar in einem bedeutenden Grade beigemessen werden kann *), besonders da ihr Inhalt nicht allein mit andern ältern Urkunden sondern auch mit dem Geständnisse der beklagten Gemeinde selbst in Uebereinstimmung steht, wornach der Betrag von 78 fl. an die Standesherrschaft, so weit die Erinnerung der Gemeindevertreter reiche, vom Jahr 1805 bis 1832 bezahlt wurde, wenn auch nicht zugestanden werden will, daß diese Zahlung als Frohnd-Surrogat geschehen sei.

Aeltere Urkunden, womit der Inhalt der Rechnungen übereinstimmt, sind der Theilungslibell von 1706, in welchem S. 186 eingetragen ist:

„Item so ist jeder Majer, deren 20 jedes Jahr schuldig, eine Last Frucht nacher Zell zu fieren, dafür giebt man ihme Mehrer nicht, dann ein Malter Haber den Fürtrag hat Herr Verkäufer bei jedem Majer 5 fl. verraicht, thut 80 fl.;" —

Dann das Notarium vom Jahr 1794 in welchem vorerst die ungemessenen Frohnden aufgeführt sind, und dann gesagt wird:

„außer den obenerwähnten ungemessenen Frohnen hat die Gemeinde Mundelfingen überhin noch folgende gemessene Frohnden zu leisten: A. statt den Fruchtfuhrfrohnen, die ehemals von den Bauern zu Mundelfingen nach Radolfzell, Schaffhausen, Stein am Rhein, gnädigster Herrschaft unentgeldlich zu verrichten waren, von welchen es einem jeden Bauern eine Last zu führen traf, wird nun mehr folgendes Lastgeld bezahlt; nun werden die Bauern namentlich, sodann der Betrag des Lastgeldes mit 78 fl. aufgeführt."

Der Einwand daß diese Urkunden nicht erneuert worden seien, könnte wohl als erheblich betrachtet werden, wenn die klagende Standesherrschaft sie als urkundliche Rechtstitel **) ihres angesprochenen Frohnd-Surrogats geltend machen wollte, er ist aber unerheblich, in so weit sie nur als Unterstützungsmittel für den Beweis der unfürdenklichen Verjährung geltend gemacht werden. Ohne Berücksichtigung aller übrigen von der Klägerin angerufenen Urkunden und ohne Berücksichtigung der beiden andern Klaggründe des Anerkenntnisses und der bestandenen ungemessenen Frohndpflicht ergiebt sich, daß die Gemeinde Mundelfingen durch das hofgerichtliche Urtheil nicht beschwert ist, welches sie für schuldig erklärt das eingeklagte Frohndsurrogat von 78 fl. anzuerkennen und im zwölffachen Betrage abzulösen. Fy.

*) Vergl. Gilbert code civil annoté ad art. 1331 und 1332 Note 7 bis 8, 9 und 10 wornach die Aufführung einer Zahlung in älteren Rechnungen, zumal wenn der Rechner gestorben war, oder in Domainenverwaltungsrechnungen für hinreichend angesehen wurde, um den Beweis der Unterbrechung der vom Schuldner vorgeschützten Versitzung zu liefern.

**) Der Landrechtsatz 710 fc wird so wenig als die Richterneuerung einer Rechtsurkunde über eine Rente von dem Schuldner angerufen werden können, der die Gefälle oder Renten geleistet hat. c. f. *Gilbert* code civil annoté art 2263. Note 2. *Vazeille*. prescript. Nr. 357, 358. *Brauer* ad. S. 710 fc

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. N^{ro.} 20. Karlsruhe, den 15. Mai 1847

I.

Rechtsfall.

Entschädigungsverbindlichkeit wegen schuldhafter Tödtung eines Familienvaters.

In dem zweiten Jahrgange der Blätter für Justiz und Verwaltung im Großherzogthum Baden, Freiburg 1842 S. 541—557 habe ich meine Ansichten über die Entschädigungsverbindlichkeit wegen Tödtung eines Familienvaters ziemlich ausführlich niedergelegt, und zugleich eines Rechtsfalles Erwähnung gethan, wobei diese Grundsätze in Anwendung gebracht wurden.

Der von dem Abgeordneten Weizel in der zweiten Kammer der badischen Landstände erstattete Commissionsbericht über den Gesetzesentwurf, die Entschädigung wegen Verbrechen betreffend (landständische Verhandlungen der zweiten Kammer von 1843—1844. Elftes Beilagenheft), hat den historischen Theil meiner Ausführung vollständig aufgenommen, und auch den dogmatischen im Wesentlichen adoptirt. Nicht minder sind die von mir aufgestellten Grundsätze auch zum Theil in das neue Gesetz vom 6. März 1845 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen übergegangen.

Ein kürzlich bei dem Großherzogl. Hofgerichte des Seekreises in Konstanz in zweiter Instanz in gleichem Sinne entschiedener Rechtsfall dürfte der Veröffentlichung nicht unwerth sein:

In Sachen der Wittwe des Löwenwirths Ganther von Hausenvorwald, Sophie, geborenen Sigwart für sich und als gesetzlichen Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder, Wilhelmine, Marie, Barbara, Balbine, Johann Baptist, Nepomuck, Sophie, Bertha, Eduard und Rupert Ganther, Klägerin gegen den Sonnenwirth Cölestin Fäßle zu Mundelfingen, Beklagten, Entschädigungsforderung betreffend, fällte nämlich das Bezirksamt Hüfingen am 12. April 1846 folgendes Urtheil:

„der beklagte Cölestin Fäßle sei wegen schuldhafter Tödtung des Johann Baptist Ganther, Löwenwirth zu Hausenvorwald schuldig, dessen kläger'sche Wittwe Sophie Ganther für die Dauer eines Jahrs, nämlich vom 27. Juni 1844 bis zum 27. Juni 1845 und dessen klagende zehn Kinder, und zwar die männlichen Geschlechts für die Dauer vom 27. Juni 1844 bis zur Erreichung des neunzehnten Lebensjahres, die Kinder weiblichen Geschlechts aber für die Dauer vom 27. Juni 1844 bis zur Erreichung des einundzwanzigsten Lebensjahres oder bis zu einer etwa früher eintretenden Standesveränderung für die Auslage zur Ernährung und Erziehung in der Art zu entschädigen, daß Beklagter der Wittwe täglich 12 kr., also für ein Jahr 63 fl. und Jedem der kläger'schen Kinder täglich 10 kr., also für ein Jahr 60 fl. 50 kr. als Entschädigung zu zahlen habe, Beklagter seie sofort schuldig, der kläger'schen Wittwe die verfallenen 63 fl. nebst Zinsen vom Tag der zugestellten Klage, dem 13. August 1845 und den kläger'schen Kindern oder deren Vormund die für ein Jahr à 60 fl. 50 kr. zusammen verfallenen 608 fl. 20 kr. nebst Zins vom Klagzustellungstag den 13. August 1845 binnen 14 Tagen bei Vollstreckungsvermeidung zu entrichten, an den Kosten aber fünf Sechstheil zu tragen, mit ihrer Mehrforderung seien dagegen die Kläger unter Verfällung in ein Sechstheil der Kosten abzuweisen."

Der Beklagte ergriff gegen dieses Urtheil die Berufung an das Großherzl. Hofgericht des Seekreises, allein der amtliche Bescheid wurde unterm 5. Februar 1847 aus nachstehenden Gründen (welche sich über sämmtliche in

den Acten enthaltene That- und Rechtsfragen verbreiten) bestätigt:

Durch hofgerichtliches — vom Oberhofgericht bestätigtes — Urtheil vom 12. October 1844 wurde Cölestin Fäßle der schuldhaften Tödtung des Löwenwirths Ganther für schuldig erklärt. Diese Thatsache, welche vom Beklagten zugestanden ist, und aus den kläger'scherseits angerufenen Untersuchungsacten hervorgeht, ist im Allgemeinen und abgesehen vom Betrage der Entschädigungsforderung für sich allein hinreichend zur Begründung der vorliegenden Entschädigungsklage. Das erlassene Strafurtheil muß nämlich auf die bürgerliche Entschädigungsklage den Einfluß äußern, daß diejenige That, deren der Verurtheilte für schuldig erklärt wurde, nicht einer nochmaligen Prüfung und Beurtheilung des Civilrichters ausgesetzt sein darf. Denn wenn gleich im Strafverfahren die erhobenen Beweisgründe zunächst nur zur Herstellung strafrechtlicher Gewißheit gesammelt wurden, ganz abgesehen von der civilrechtlichen Entschädigungspflicht, so ist hiebei doch entscheidend, daß zur Ueberzeugung des Strafrichters stärkere Beweise vonnöthen sind, als zur Begründung bloß civilrechtlicher Gewißheit der Fall ist, daß namentlich zur Verurtheilung im Strafverfahren die Beweise materielle Wahrheit zu liefern im Stand sein müssen, während der Civilrichter schon mit formeller Wahrheit sich begnügt, so daß die aus den Untersuchungsacten geschöpfte criminalrechtliche Gewißheit der hier entscheidenden Thatsache jedenfalls auch den im vorliegenden Civilverfahren erforderlichen Beweis derselben genügend enthält. Im Strafverfahren aber ist ausgesprochen, daß der beklagte Cölestin Fäßle den Tod des Löwenwirths Ganther verschuldet habe. Die Behauptung des Beklagten, daß der Tod des Ganther in Folge eines Zufalls eingetreten, nicht aber die Folge eines Verschuldens von seiner Seite sei, ist daher nicht mehr zu berücksichtigen, weil hierüber bereits das Strafurtheil die maßgebende Entscheidung enthält. Wenn dagegen die weitere Einwendung des Beklagten, daß der Getödtete theilweise durch eigene Schuld sich den Tod zugezogen habe, indem er gewußt, daß das an ihn verkaufte Kuhfleisch von einer am Milzbrand umgestandenen Kuh herrühre, im Hinblick auf die Bestimmung des Landrechtszusatzes 1148 a. nicht ohne alles Gewicht sein dürfte, so muß deren Beweis als vollständig mißlungen angesehen werden. Der hierüber als Zeuge aufgerufene Altvogt Baumann hat nämlich schon im Untersuchungsverfahren in Abrede gestellt, daß er dem Getödteten vor dem Ankaufe des Fleisches eröffnet habe, es seien die Kühe des Beklagten am Milzbrand gefallen. Wenn dessenungeachtet eine nochmalige Einvernahme dieses Zeugen im bürgerlichen Proceßverfahren auf das Begehren des Beklagten statthaft sein sollte, so hat jedoch der Zeuge auch hier seine frühere Angabe nur bestätigt und wiederholt, und durchaus nichts bezeugt, woraus gefolgert werden könnte, daß Ganther vor oder beim Einkaufen des Fleisches die Beschaffenheit desselben als von einer am Milzbrande gefallenen Kuh herrührend gekannt hätte. Ja aus den Untersuchungsacten geht hervor, daß der Beklagte durch sein Gesinde ausstreuen ließ, seine Kühe hätten sich überfressen, und seien davon zersprungen.

Eben so wenig ergiebt sich ein eigenes Verschulden des Getödteten daraus, daß er nicht sogleich, als die Wirkungen des thierischen Giftes an seinem Körper sich zeigten, ärztliche Hülfe gebraucht habe; denn der Angesteckte konnte nicht wissen, daß sich seinem Körper Milzbrandcontagium mitgetheilt habe, weil der Beklagte und sein Gesinde ja gerade den Umstand, daß die Kühe am Milzbrand gelitten, verheimlicht und dagegen einen anderen Sachverhalt verbreitet haben, was darauf berechnet war, die Leute, also auch den Getödteten vom Erkaufen des fraglichen Kuhfleisches nicht abzuschrecken, sondern vielmehr sie dabei sorglos und unbedenklich zu machen, da bekanntermaßen der Genuß solchen Fleisches, welches von an Blähungen durch Ueberfressen leidendem, und deßhalb geschlachtetem Vieh herrührt, der Gesundheit nicht schädlich ist. Uebrigens hat ausweislich der Untersuchungsacten, Löwenwirth Ganther ärztliche Hülfe begehrt, sobald er durch die Zunahme seiner Krankheit von deren Gefährlichkeit überzeugt war. Allein auch schon früher hätte er nicht mehr gerettet werden können, weil, wie das ärztliche Gutachten in den Untersuchungsacten nachweist, die Mittheilung des Giftes der ganzen Säftemasse des angesteckten Körpers bald nach der Ansteckung erfolgen mußte, in welchem Zustande die Anwendung von Kunsthülfe keinen günstigen Erfolg mehr haben konnte. — Aus denselben Gründen ist die Behauptung eigenen Verschuldens des Getödteten beim Aushauen des Fleisches nicht gerechtfertigt. Derselbe soll nämlich schon vor dem

Ankaufe des Fleisches eine Ritze auf der rechten Hand gehabt haben, die er beim Aushauen vor der Berührung mit dem Kuhfleische nicht verwahrt habe, wodurch die Vermittelung der Vergiftung bewirkt worden sei. Diese Annahme nämlich auch zugegeben, obgleich das gerichtsärztliche Gutachten besagt, daß die Vergiftung ebensowohl durch den Genuß des Fleisches, als durch unmittelbare Berührung desselben mit der wunden Handstelle entstanden sein könne; so muß wieder bemerkt werden, daß der Getödtete nicht wußte, daß er es mit vergiftetem Fleische zu thun habe, und man daher von ihm keine größere, als die Anwendung der gewöhnlichen Vorsicht beim Aushauen des Fleisches erwarten konnte.

Da hienach alle Einwendungen des Beklagten theils unerheblich, theils unbewiesen sind, so folgt aus dem angeführten strafgerichtlichen Urtheil auch die Entschädigungspflicht des Beklagten nach Maßgabe des Landrechtsatzes 1382 und folgenden. Diese Pflicht erstreckt sich auf alle auch unvorsätzlich beschädigte Personen, sie erstreckt sich auf allen, auch unabsichtlich verursachten Schaden,

Landrechtzusätze 1382 b und 1382 c.

Die Wittwe des Getödteten, und dessen zehn hinterlassene minderjährige Kinder, welche die Klage angestellt haben, sind daher berechtigt, als Entschädigung den Betrag des Verdienstes, den der Gestorbene gemacht und ihnen zugewendet hat, vom Beklagten als dem Urheber der Beschädigung ersetzt zu verlangen.

Landrechtszusatz 1382 f.

Nur über die Größe dieses Betrags brauchte sich daher noch das jetzt eingeleitete Civilverfahren auszudehnen, und über die Zeit, binnen welcher Entschädigung zu leisten ist. Das Untergericht hat der Wittwe die Entschädidung für ein Jahr zugesprochen, den Kindern aber und zwar denen männlichen Geschlechts bis zu ihrem neunzehnten und denen weiblichen Geschlechts bis zu ihrem einundzwanzigsten Jahre, oder bis zu ihrer etwa früher eintretenden Verheirathung.

Was jedoch die Größe der Entschädigung anbelangt, so wurde solche vom Untergerichte in Gemäßheit eines Gutachtens Sachverstäudiger festgesetzt, welches annahm, daß der Getödtete durch seine Betriebsamkeit während der ganzen Zeit, wofür die Entschädigung zuerkannt wurde, für seine Frau und zehn Kinder wenigstens die Hälfte des nöthigen Unterhalts erwarb, und daß durch seinen Tod den Klägern diese Erwerbsquelle versiegt sei.

Die dagegen ausgeführte Appellation des Beklagten ist unbegründet, indem das Vorhandensein sämmtlicher Voraussetzungen, worauf das erwähnte Gutachten sich stützt, als nachgewiesen angenommen werden muß, und auch nach den übrigen Verhältnissen des vorliegenden Falles der Beklagte keineswegs beschwert erscheint.

Ein strenger Beweis der wirklichen Schadensbeträge kann nach der Natur der Sache nicht geliefert und daher vom Richter nicht gefordert werden. Es kann vielmehr der Schaden nach Berücksichtigung der beiderseitigen persönlichen und gewerblichen Verhältnisse nur annäherungsweise nach Billigkeit festgesetzt werden.

Aus den Untersuchungsacten ergiebt sich nun, daß der Beklagte ein reines Vermögen von über 5000 fl. besitzt; dagegen besteht der Nachlaß des Getödteten nur in 429 fl. Der Beklagte hat keine zahlreiche Familie zu ernähren, da er zwar verheirathet ist, aber keine Kinder hat. Dagegen hinterließ der Getödtete eine Wittwe und zehn Kinder, wovon das älteste zur Zeit seines Todes erst fünfzehn Jahre alt, das jüngste aber noch nicht geboren war.

Unter diesen Verhältnissen ist unzweifelhaft, daß die Wittwe ihre ganze Zeit auf die Pflege und Erziehung der Kinder verwenden mußte und noch muß, und daß es ihr schon allein wegen dieses einzigen Umstandes jetzt unmöglich ist, das Gewerbe ihres verstorbenen Ehemannes selbst fortzusetzen, abgesehen davon, ob sie die Fähigkeit und die physische Kraft, es umzutreiben, besitzt. Aber auch dies muß bezweifelt werden, indem er, ein gesunder kräftiger Mann in mittleren Jahren, neben seiner Landwirthschaft noch eine Gastwirthschaft umtrieb, und das Bäcker- und Metzgerhandwerk betrieb, wozu die Kräfte einer Frauensperson nicht ausreichen. Auch der Betrieb dieser Gewerbe durch Fremde, wozu die Wittwe genöthigt sein wird, kann die Thätigkeit des Getödteten für sein eigenes Hauswesen nicht ersetzen, so daß man, ungeachtet angenommen werden kann, daß der Umtrieb in Zukunft auf die angedeutete Weise stattfinden wird — dennoch den durch den Tod des Löwenwirths Ganther den Klägern entgangenen Gewinn wenigstens auf die Hälfte des bis dahin genossenen Unterhalts festsetzen kann. Dieser Gewinn ist aber auch nach dem Alter des Getödteten

(er war 39 Jahre alt, S. 75 der Untersuchungsacten) und nach seinen guten Gesundheitsverhältnissen ein voraussichtlich fortdauernder, wenigstens auf so lange Zeit während, als er den Klägern zugesprochen wurde. Am längsten hat nämlich das jüngste, erst am 20. December 1844 geborene Kind den Unterhaltsbeitrag anzusprechen, nämlich nach dem untergerichtlichen Urtheile bis zu seinem neunzehnten Lebensjahre. So lange hätte aber auch der Getödtete, ja nach der Tafel der Lebenswahrscheinlichkeit von Süßmilch (Brauer, Erläuterungen B. 6, S. 561) noch länger, nämlich noch 24½ Jahre lang gelebt.

(Brauer a. a. O. S. 396 glaubt sogar, zum Vortheile der Unterhaltsbedürftigen, daß nicht diese Wahrscheinlichkeitsberechnung, sondern die vom Gesetze als längste Lebensdauer eines einzelnen Menschen präsumirten 100 Jahre — Landrechtsatz 129 — als Endziel der Pflicht zur Unterhaltsleistung angenommen werden müsse, wo nicht die Erreichung der Volljährigkeit der Kinder ein kürzeres Endziel setzt.)

Thatsachen, woraus eine Verminderung, oder ein Aufhören des Verdienstes noch bei Lebzeiten des Getödteten zu erwarten gewesen wäre, wurden keine geltend gemacht, daher die Zeit, welche er wahrscheinlich noch gelebt hätte, jedenfalls die Dauer der ausgesprochen Unterhaltspflicht des Beklagten übersteigt.

Auf das Maß der begehrten und zuerkannten Entschädigung kann der Umstand, daß, wie der Beklagte behauptet, die Wittwe etwa im November v. J. wieder geheirathet hat, keinen Einfluß äußern. Denn sie selbst hat für sich nur auf ein Jahr die Hälfte des nöthigen Unterhalts zugesprochen erhalten, welches Jahr mit dem Todestage des Löwenwirths Ganther, also am 27. Juni 1844 zu laufen begann, und daher zur Zeit ihrer Wiederverehelichung schon längst abgelaufen war. Was jedoch die klagenden Kinder anbelangt, so haben sie durch die Wiederverheirathung ihrer Mutter zwar einen Stiefvater erhalten, allein nach den landrechtlichen Bestimmungen keinen Ernährer, da die Pflicht zur Reichung des Unterhalts nur den natürlichen Eltern eines Kindes obliegt.

Landrechtsatz 203 u. f.
Landrechtsatz 303.

Aus diesen Gründen, und in Anwendung des §. 169 der Proceßordnung wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Dr. Löw.

II.

Wiederherstellung gegen Purificationserkenntnisse.

In Nr. 10 der Annalen dieses Jahrgangs S. 67 ist angeführt, daß der dritte Senat des Hofgerichts des Unterrheinkreises die nachgesuchte Wiederherstellung gegen ein auf Ausbleiben der eidespflichtigen Parthei ergangenes Purifikations-Erkenntniß abgeschlagen habe. Der erste Senat desselben Gerichtshofs hat aber den 9. Nov. 1846 die einfache Wiederherstellung für zuläßig erklärt. Der Fall war dieser: J. S. Opfermann'sche Gantmasse gegen B. Fränkel war durch Urtheil vom 13. Juli 1846 auf einen durch den Cridar und den Gantanwalt zu leistenden Eid erkannt worden. Das Stadtamt Mannheim setzte Tagfahrt zur Eidesleistung auf den 3. September 1846 an. Aber sowohl der Cridar wie der Gantanwalt blieben aus, weßhalb auf Erlassung des Erkenntnisses angetragen wurde. Das Großherzogliche Stadtamt erklärte den Eid für verweigert, ohne die Folgen in der Hauptsache auszusprechen. Eine deshalb eingereichte Remonstration hatte keinen Erfolg, vielmehr ertheilte das Großherz. Stadtamt auf die deßfallsige Bitte des Gantanwaltes und des Cridars Wiederherstellung, und setzte neue Tagfahrt zur Eidesleistung auf den 19. Oktober 1846 an. Hiergegen wurde Beschwerde an das Großherzogl. Hofgericht geführt. Dieses Rechtsmittel wurde zwar formell für zuläßig erklärt, aber als unbegründet verworfen. Das Großherzogliche Hofgericht erkannte an, daß der Unterrichter die Folgen der Eidesverweigerung hätte aussprechen sollen, fand aber hierin keinen materiellen Grund zur Beschwerde, weil die erbetene Wiederherstellung mit Recht ertheilt worden sei. Die Zuläßigkeit dieser Wiederherstellung findet der erste Senat darin, daß hier nur eine Versäumniß vorliege, auf welche die Grundsätze des 30. Titels der Proceßordnung anwendbar seien, weßhalb der Eidespflichtige, sobald er nur das thue, was nach der Natur der Sache allein von ihm geschehen kann d. h. wenn er sich zur Eidesleistung erbiete, auch restituirt werden müsse. Hierbei bleibt freilich das Bedenken des dritten Senats, wie es zu halten sei, wenn der Eidespflichtige abermals ausbleibe, ungelöst. Das Großherzogliche Stadtamt glaubte

dem dadurch begegnen zu können, daß es in der Vorladung ausdrücklich bemerkte, eine nochmalige Wiederherstellung finde bei dem Ausbleiben des Eidespflichtigen nicht statt. Die Androhung dieses Rechtsnachtheils ist aber unsern Gesetzen unbekannt. Es steht nun zu erwarten, wie die widerstreitenden Ansichten verschiedener Senate desselben Gerichtshofs sich in der Folge ausgleichen werden.

Dr. Ladenburg.

Anmerkung der Redaction.

Die richterliche Verfügung, wodurch auf Ausbleiben der schwurpflichtigen Partei der Eid für verweigert erklärt und der für den Fall der Verweigerung im Urtheil angedrohte Rechtsnachtheil ausgesprochen wird, muß ohne Zweifel als ein Versäumungserkenntniß angesehen werden, weil dieselbe unter den Ausnahmsfällen des §. 669 nicht begriffen, wohl aber durch das allgemeine Erforderniß des §. 654 bedingt ist, indem sie nur auf Antrag der Gegenpartei erlassen werden darf. §. 602, 605, und 606. Ist nun gegen ein solches Versäumungserkenntniß die einfache Wiederherstellung des §. 658 vom Gesetze weder versagt, noch an besondere Formen gebunden, so wird sie im Allgemeinen für statthaft zu erachten und nach den im 30. Titel der Proceßordnung gegebenen Vorschriften zu beurtheilen sein.

Diese Sätze als richtig vorausgesetzt, kann es sich nur fragen, was unter der versäumten Proceßhandlung zu verstehen und wie solche nachzubringen sei?

In der ersten Tagfahrt hatte die jetzt um Wiederherstellung bittende Partei zu erscheinen und den urtheilsmäßigen Eid zu leisten; sie muß also diese durch ihr früheres Ausbleiben versäumte Handlung nachholen und zu diesem Behufe, unter dem Erbieten zur Eidesleistung, um Anberaumung einer Tagfahrt bitten. Hierauf wird der Richter, ohne vorerst über das Wiederherstellungsgesuch zu erkennen, eine anderweite Tagfahrt bestimmen und dazu beide Theile vorladen. Bleibt hier die eidespflichtige Partei abermals aus, so bringt sie die versäumte Proceßhandlung nicht nach, indem sie es dem Richter unmöglich macht, ihr den Eid abzunehmen. Die Folge davon wird keine andere sein können, als daß nun, selbst ohne Antrag des Gegentheils, das frühere Versäumungserkenntniß bestätigt werden muß.

Gegen diese Entscheidung würde, da dieselbe nicht in die Klasse der Versäumungserkenntnisse gehört, kein weiteres Wiederherstellungsgesuch statt finden, es wäre denn, daß sich die säumige Partei in einem der Verhinderungsfälle des §. 661 befunden hätte.

Nach diesen Betrachtungen scheint uns die Ansicht, daß die in der zweiten Tagfahrt ungehorsam ausbleibende Partei mit einem erneuerten Erbieten zur Eidesleistung abermals Wiederherstellung verlangen und so die Sache ins Unendliche hinausziehen könnte, eben so wenig begründet als die Androhung des Präjudizes gerechtfertigt zu sein, daß bei dem wiederholten Ausbleiben des Eidespflichtigen eine nochmalige Wiederherstellung nicht statt finde.

D. R.

III.

Condictio indebiti.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Fischer gegen Sulzmann.

Es ist unter den Parteien gleich von Anfang an gar nicht bestritten, oder doch durch die betreffenden, im Laufe des unterrichterlichen Beweisverfahrens vom Kläger vorgelegten und von den Beklagten anerkannten Urkunden vollständig erwiesen worden, daß der Kläger durch Kaufvertrag vom 9. September 1835 von dem inzwischen verstorbenen Johann Sulzmann, dessen Rechtsnachfolger zugestandenermassen die jetzigen Beklagten sind, mehrere in der Klage specificirte Liegenschaften um den zu 4% verzinslichen Kaufpreis von 2,400 fl. gekauft und daran folgende den ganzen Kaufpreis nebst Zinsen deckende Zahlungen an den Verkäufer beziehungsweise an dessen Verlassenschaftsmasse gemacht habe, nämlich am 15. Januar 1836. — 628 fl. 30 kr. und zwei Jahre nachher, nämlich am 29 u. 30. Januar 1838. 400 fl. und 1544 fl. also zusammen 2,572 fl. 30 kr.

Es behauptet nun aber der Kläger, daß er außer diesen anerkannten, oder durch anerkannte Quittungen nachgewiesenen Zahlungen schon am 24. Januar 1836 noch eine weitere, von den Beklagten jetzt bestrittene Kaufschillingstheilzahlung von 600 fl. an den inzwischen verstorbenen Johann Sulzmann geleistet, hieran aber bei den spätern im Jahr 1838 erfolgten Zahlungen und Abrechnungen nicht mehr gedacht, und daher nochmals, in diesem Jahre die nämlichen 600 fl. nebst zweijährigen Zinsen daraus (von 1836/38) mit 48 fl. bezahlt habe. Diese hiernach zur Ungebühr zu viel bezahlten 648 fl. nebst Vorzugszinsen vom Tage der Klagebehändigung

sind nun der Gegenstand der erhobenen Rückforderungsklage. Diese Klage ist nach Ansicht der Landrechtsätze 1235 und 1376 begründet; denn wenn einmal die wirkliche doppelte Zahlung von 600 fl. und wenn dann ferner bewiesen wird, daß beidemal die Zahlung ausdrücklich behufs der Tilgung des in Frage stehenden Güterkaufschillings geschah, so folgt daraus von selbst:

a) daß der Kläger mit der Zuvielzahlung keine Freigebigkeitshandlung vornehmen, sondern eine ihm aus dem Kaufvertrag vom 9. September 1835 erwachsene Verbindlichkeit tilgen wollte, daß sonach auf ihn die bekannte Rechtsregel: „qui sciens indebitum solvit donasse videtur" keine Anwendung findet, indem er

b) nothwendig in einem Irrthum gewesen sein muß, wenn er zweimal eine und dieselbe Verbindlichkeit erfüllte, also das zweitemal eine genau bezeichnete Schuld bezahlte; die wegen einer früheren Zahlung gar nicht mehr existirte, sondern eine blos vermeintliche war.

(Toullier, Brüsseler Ausg. von 1830. Band VI. S. 31. Nr. 69. Pailliet zu Art. 1235).

Es sind sonach — den Beweis der Klage vorausgesetzt, — alle die Erfordernisse vorhanden, welche die obenallegirten Landrechtssätze 1235 und 1376 zur Begründung der Klage auf Zurückforderung einer zur Ungebühr geleisteten Zahlung (zur condictio indebiti) verlangen.

Namentlich erscheint auch

1) der Irrthum, in welchem sich der zweimal dieselbe Schuld zahlende Kläger befand, als ein solcher, der sich auf eine Thatsache, nämlich auf die von ihm ignorirte Thatsache bezieht, daß die Schuld bereits getilgt war, als er sie nebst Zinsen im Jahr 1838 noch einmal bezahlte, so daß man selbst dann die Klage für begründet erachten muß, wenn man mit Hinsicht auf Landrechtsatz 1. b. (und cf. Landrechtszusatz 1110 a.) die nach gemeinem wie nach französischen Rechte bestrittene von den neuern französischen Rechtslehrern aber meistens bejahte und wohl nach Ansicht der jeden Irrthum ohne Unterschied zur Begründung der condictio indebiti zulassenden Art. 1235, 1376—1381 also keine ähnlichen Beschränkungen wie die Art. 1356 a. 2052, 2053 enthaltenden Vorschriften zu bejahende Frage, ob auch ein Rechtsirrthum ebenso wie unbestrittenermaßen der Irrthum in einer Thatsache die condictio indebiti begründen könnte, gerade zu verneinen wollte.

(cf. Savignys System III. p. 447 ꝛc. vergl. mit franz. Recht ibid. S. 472. Mühlenbruch im Civil-Archiv II. S. 361 ꝛc., Toullier, Brüssel 1830 VI. S. 25. ꝛc. Boileux zu Satz 1235. Landhards Rechtsfälle II. S. 381 und vorzugsweise Zachariä 4. Aufl. I. S. 58, II. S. 332 und 554 und die in Note 5 zu S. 554 citirten Schriftsteller — auch die die Frage nach bad. Rechte bejahende Abhandlung in Blättern für Justiz und Verwaltung I. S. 371 ꝛc.)

Auch kann

2) der Klage nicht, wie dies in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen geschieht, entgegengehalten werden, daß sie deßhalb unbegründet sei, weil sich der klägerische Irrthum als ein selbstverschuldeter (cf. Landrechtssatz 1110 a.) darstelle, indem die im Jahr 1838 ignorirte Zahlung vom Jahre 1836 als eine eigene Handlung des Klägers diesem füglich hätte bekannt sein sollen (indem also dieser Irrthum als ein error facti proprii ein injustus error sei.)

Es muß nämlich schon nach der vorhandenen Beschaffenheit des vorliegenden Falles der klägerische Irrthum, wenn er bewiesen wird, dem hier eintretenden billigen Ermessen des Richters als ein entschuldbarer (als ein nicht aus summa negligentia entstandener Irrthum erscheinen, weil — wie Beklagterseits selbst (p. 25, 26 und cf. S. 29 der A.Akten angeführt ist), — der Kläger in mehrfachen Geldgeschäften mit dem beklagten Theile stand, somit das Vergessen einer Zahlung leicht möglich war, und daher zu entschuldigen ist;

(Civ. Archiv II. S. 238—286. Savignys System III. S. 338—334 und Allegate in den dortigen Noten f. u. g.) — so daß man ganz von dem Bedenken absehen kann, ob denn überhaupt der allgemeine Satz, daß Jeder die Folgen seines Verschuldens zu tragen habe, ob namentlich Landrechtszusatz 1110 a. auch überall da anwendbar sei, wo es sich, wie hier, eigentlich nicht davon handelt, daß eine aus Irrthum wirklich eingegangene Verbindlichkeit getilgt, wo vielmehr für eine gar nicht mehr existirende Verbindlichkeit in dem Irrthum, als existire noch eine solche, eine Summe Geldes ohne allen Rechtsgrund gegeben wurde — oder ob nicht vielmehr selbst dann, wenn der Kläger aus einem, wenn auch selbst verschuldeten

Irrthume die nochmalige Zahlung geleistet hätte, die Beklagte nach Landrechtsatz 1376 und nach dem allgemeinen Grundsatz, daß sich Niemand durch den Schaden eines andern bereichern soll (l. 14. D. 12, 6 — l. 206. D. 50, 17 und Mühlenbruch im Civ Archiv II. S. 417) die Beklagten demnach zur Zurückgabe des ganz ungebührlich Empfangenen verpflichtet wären ꝛc.

Bemerkung des Einsenders.

Wo, wie hier, zweimal die nämliche Schuld gezahlt worden und aus diesem Grund die einfache Zahlung vom Empfänger zurückverlangt wird; da kann man der Klage zwar den Namen condictio indebiti geben, eigentlich liegt aber die condictio sine causa vor, zu deren Begründung der L.R.S. 1235 die Behauptung eines Irrthums nicht erfordert und nicht erfordern konnte, weil durch die erste Zahlung die Schuld getilgt war, weil es folglich für die zweite Zahlung offenbar an einer Schuld fehlte und somit ein alles Rechtsgrunds entbehrendes Rechtsgeschäft vorgenommen worden wäre. Nur wo Zweifel darüber bestehen kann, ob eine Schuld wirklich existirte, kann der Irrthum als Rechtsgrund der Rückforderung verlangt werden. Denn nur wo Zweifel über die faktischen oder rechtlichen Voraussetzungen einer Schuld denkbar, ist es möglich, daß der Schuldner zur Beseitigung solcher Zweifel **freiwillig** gezahlt, nachdem er sich selbst für schuldig erkannt hatte und nur die Möglichkeit solcher bewußten That rechtfertigt es, daß man von den Rückfordernden den Beweis des Irrthums als Negation dieses Bewußtseins begehrt; während er durch die **freiwillige**, d. h. bewußte Erfüllung aller Klagen und Einreden gegen die vollzogene, wenn auch noch so zweifelhafte Verbindlichkeit verlustig worden wäre.

v. Soiron.

IV.

Entscheidungen französischer Gerichte in Wechselsachen.

1. Bürgschaft für Wechsel.

Frau Bouzenot übernahm gegen das Handlungshaus Renard, Mille et Barbier die Bürgschaft für alle Wechsel, welche dieses Haus von ihrem Sohn erhalten, und die bei Verfall nicht bezahlt werden würden. In der deshalb gepflogenen Correspondenz ist keine Summe erwähnt. Im April 1843 waren Wechsel bis zum Belauf von 83,000 Frc. in den Händen des genannten Handlungshauses, welches mit dem jungen Bouzenot dahin übereinkam, daß ihm diese zurückgegeben werden, und er dafür neue Wechsel unter Zurechnung der Zinsen, Kosten u. s. w. ausstellen solle. Dies geschah, ohne daß die Mutter davon unterrichtet wurde. Der junge B. gerieth in Gant, worauf Renard ihn und seine Mutter auf Zahlung der neuen Wechsel bei dem Handelsgericht der Seine belangte. Frau B. schützte die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor, welche aber durch Urtheil vom 18. October 1843 verworfen wurde, weil Frau B. Wechselbürge (aval) sei. Sie appellirte, und behauptete, die Bürgschaft sei nichtig, weil sie nicht für eine bestimmte Schuld übernommen worden sei; auch sei sie ihrer Bürgschaft ledig, weil durch Rückgabe der ältern und Ausstellung neuer Wechsel eine Rechtswandlung stattgefunden habe. Aber die Cour roy. von Paris bestätigte 31. Mai 1845, weil, was die Competenz betrifft, Frau B. zwar nicht als Wechselbürge, doch aber als Bürge für eine Handelsschuld anzusehen sei; weil, was die Hauptsache betrifft, dem man nach Art. 1130, auch für künftige Schulden Bürgschaft leisten könne, weßhalb eine Bürgschaft, ohne Bestimmung einer Summe, ebenfalls gültig sei; weil ferner bei Rückgabe der alten Wechsel und Ausstellung neuer keine Rechtswandlung, sondern Gestattung einer Zahlungsfrist an den jungen B. beabsichtigt wurde, überdies auch Frau B sogar künftige Wechsel ihres Sohns verbürgt hatte u. s. w.

Die hiergegen nachgesuchte Cassation wurde verworfen. 16. Juni 1846.

Sirey 1846 I. 440.

Diese Urtheile, welche einstimmig entscheiden, daß man für eine unbestimmte Summe oder für künftige Schulden Bürgschaft leisten könne, sind praktisch von großer Bedeutung, und rechtfertigen sich auch vollkommen durch die Art. 1129 und 1130 vergl. *Pardessus* Nr. 586. Wenn auch die Summe zur Zeit der Uebernahme der Verbindlichkeit ungewiß ist, so wird deren Größe von einer bestimmten Thatsache abhängig gemacht, und ist insofern allen bedingten Verbindlichkeiten gleichzustellen. Wer eine Handelsgesellschaft eingeht, haftet sammtverbindlich für die Schulden der Gesellschaft, wiewohl deren Größe gänzlich unbestimmt ist.

Nach gleichen Grundsätzen wird die Frage, ob eine

Hypothek für einen eröffneten Credit bestellt werden könne, beurtheilt, wiewohl hier die Größe der Summe stets bestimmt sein muß. Art. 2132. Urtheil des Cassationshofs vom 26. Januar 1814 und 10. August 1831.

Sirey 1814. 1, 41 und 1831. 1, 371.

Troplong behauptet freilich, eine solche Hypothek gelte erst vom Tag, da das Geld geschossen wurde; (Des hypotheques. Nr. 478) aber dadurch würde die Absicht der Partheien geradezu vereitelt. Pardessus Nr. 1173 und Grenier Nr. 296 sind dagegen der Meinung, daß diese Hypothek vom Tag der Inscription gelte. Ein Urtheil vom 28. Juni 1823 in diesem Sinne s. bei *Sirey*. 1823. 2. 348.

II. Wechsel in laufender Rechnung.

Letournelle hatte eine laufende Rechnung bei dem Banquier Cordonnier. Diese stand am 5. Mai 1843, dem Tag, da L. sich zahlungsunfähig erklärte, zu seinen Gunsten mit 3164 Frc. Die syndics klagten daher diese Summe gegen Banquier Cordonnier ein. Dieser wendete aber ein, in dieser Rechnung seien dem Cridar viele Wechsel gut geschrieben, welche bei Verfall nicht bezahlt worden seien; die Gutschrift solcher Wechsel sei aber nach dem allgemeinen Handelsgebrauch nur bedingt, vorbehaltlich des Eingangs (sauf encaissement.); da nun diese Bedingung nicht eingetreten sei, so werde auch die Gutschrift wieder aufgehoben. Hiernach sei der Cridar dem Beklagten noch 5593 Frc. schuldig. Das Handelsgericht von Rouen verwarf aber diese Einwendung 10. März 1845. weil die Wechsel, welche einem Banquier auf Rechnung übermacht werden, sogleich dessen Eigenthum werden, folgeweise auch deffinitiv gut gebracht werden müssen; auch sei dies allgemeiner Handelsgebrauch, eine Ausnahme trete nur da ein, wo die Wechsel von dem Banquier nur unter Vorbehalt des Eingangs angenommen worden seien, u. s. w. Auf ergriffene Appellation bestätigte die Cour roy. de Rouen 18. Juni 1845 unter Adoptirung der Entscheidungsgründe.

Sirey 1846. 2. 70—72.

Cordonnier suchte Cassation, und hob besonders hervor, daß nach Art. 1160 die üblichen Vorsichtsgedinge bei Verträgen supplirt werden müßten; es sei aber allgemein hergebracht, Wechsel in Contokurrenten nur vorbehaltlich des Eingangs gut zu schreiben. Der Berichterstatter Mestadier führt zwei Urtheile des Cassationshofs in diesem Sinn vom 15. Januar 1823 und vom 20. Dezember 1837., dagegen ein Urtheil im entgegengesetzten Sinn vom 9. Januar 1838 an. Er führt dabei aus, daß wenn Jemand einen einzelnen Wechsel vom Cridar erhalten habe, der, weil er nicht bezahlt, und protestirt wird, zu einem Rückgriff auf den Cridar Veranlassung gebe, dieser seine Befriedigung in der Gantmasse suchen müsse; und untersucht dann die Frage, ob dieses Verhältniß dadurch verändert wurde, daß der Wechselinhaber in einer laufenden Rechnung mit dem Cridar steht, und ob namentlich erst der Abschluß dieser Rechnung abzuwarten sei, um das Schuldverhältniß zwischen den Partheien zu bestimmen?

Der Cassationshof verwarf das Rechtsmittel den 27. April 1846, weil das Eigenthum der Wechsel nach Art. 136 code de c. durch Indossament definitiv übertragen, der Indossatar also Schuldner für den Betrag werde, wenn nicht besondere Vorbehalte gemacht seien; weil auch eine laufende Rechnung nichts Anderes sei, als eine Uebersicht des Resultats verschiedener Geschäfte, von denen jedes einzeln nach seiner besondern Beschaffenheit zu beurtheilen sei u. s. w.

Sirey 1846, 1. 593—6.

Hiernach mußte also Cordonnier an die Gantmasse 3164 Frc. zahlen, und seine Forderung für die protestirten Wechsel in der Gantmasse liquidiren, wo er natürlich nur theilweise Zahlung hoffen konnte.

Diese Entscheidung ist gewiß sehr unbillig. Auch wird sie von Devilleneuve sehr scharf criticisirt. Er führt an, daß *Pardessus*. Droit comm. Nr. 476 ferner *Delamarre* et *Lepoitevin*. Traité du contrat de commission. Nr. 496 und Dictionnaire du droit comm. mot: compte-courant. Nr. 7 geradezu das Gegentheil lehren, daß auch die Cour roy. de Nancy den 10. Dezember 1842 (*Sirey* 1843. 2, 5), de Paris den 12. Nov. 1844., de Douai den 5. März 1845 (*Sirey* 1845. 2, 268) und der Cassationshof selbst in den schon oben angeführten Urtheilen nach dieser Ansicht entschieden habe, und kein hinreichender Grund vorliege, diese Ansicht zu verlassen.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 21.** Karlsruhe, den 22. Mai 1847.

I.

Entscheidungen französischer Gerichte in Wechselsachen.

(Schluß.)

Nach den Erkundigungen, die ich bei erfahrnen Kaufleuten eingezogen habe, geschehen auch in Deutschland die Gutschriften für Wechsel nur „unter üblichem Vorbehalt" oder „unter Vorbehalt des Eingangs" wovon man in den Jahrbüchern von Hohnhorst VII. 309 ein Beispiel findet. Bei uns wird aber diese Frage in der Form, wie sie hier vorliegt, schwerlich einen praktischen Werth haben, da nichtbezahlte und protestirte Wechsel jedenfalls in der Rechnung wieder belastet werden können, und auf diese Weise die frühere Schuld compensirt wird. So hat auch das Großherzogliche Oberhofgericht in der Sache Löwenthal gegen Hoffmann erkannt. Aber bei den Franzosen gilt der Grundsatz, daß Forderungen, die erst nach dem Tag des Ausbruchs des Zahlungs-Unvermögens fällig werden, nicht compensirt werden können mit Schulden, die an diesem Tag schon fällig waren. *Boulay-Paty.* Des Faillites. Nr. 109. *Pardessus.* Droit comm. Nr. 1125. Dieser Grundsatz wird so streng durchgeführt, daß, wenn Jemand an den Cridar am Tag der Ganterklärung 1000 Frk. zu fordern, dagegen später 1000 Frk. zu zahlen hat, er nicht auf die Zahlungsfrist verzichten kann, sondern seine Forderung in der Gant geltend machen, und die schuldigen 1000 Fr. vollständig zahlen muß. Anders aber verhalte es sich bei laufenden Rechnungen, lehrt Pardessus Nr. 1219 und 20. Hier entscheide nur der Abschluß der Rechnung, nachdem alle Operationen mit allen ihren Folgen gebucht seien.

In diesem Sinn sind folgende Entscheidungen ergangen:

a) Doublat in Epinal machte bedeutende Bankgeschäfte mit seinem Sohn, dem General-Einnehmer Ernst Doublat. Unter Andern hatte er diesem vom 16. August — 16. November 1840 verschiedene Wechsel auf Paris bis zum Belauf von 600,000 Franken indossirt, welche ihm in der zwischen Beiden laufenden Rechnung gut geschrieben wurden. Am 10. Nov. 1840 erklärte sich Doublat, Vater, zahlungsunfähig; die syndics schloffen die Rechnung an diesem Tag ab, und fanden ein Guthaben an Ernst Doublat von 258,000 Frk.; dieser starb, seine Erben bestritten nicht allein diese Forderung, sondern behaupteten, daß die Rechnung zu ihren Gunsten stehe, weil ein großer Theil der von Doublat an seinen Sohn gegebenen Wechsel auf Paris nicht bezahlt worden, und protestirt zurück gekommen sei. Diese Wechsel seien von Doublat Sohn wieder eingelöst, und daher der Rechnung des Vaters wieder belastet worden, wodurch diese sich nunmehr zu Gunsten des Sohnes stelle. Das Handelsgericht scheint die Erben demungeachtet verurtheilt zu haben; (dies Urtheil ist nicht angeführt) aber die Cour roy. de Nancy erkannte den 10. Dezember 1842, es seien in der Rechnung alle Gutschriften für Wechsel, die nicht bezahlt, protestirt und von Ernst Doublat oder den Erben wieder eingelöst worden seien, zu streichen.

Sirey 1843. 2. 5—7.

Der Haupt-Entscheidungsgrund war, daß es unter Banquiers üblich sei, die Rimessen, welche sie sich gegenseitig zusenden, nur unter Vorbehalt des Eingangs gut zu schreiben; und daß, wenn auch dieser Vorbehalt nicht ausdrücklich gemacht werde, er nach Art. 1160 zu unterstellen sei, u. s. w.

b) Béry hatte am 27. April 1843 eine Forderung in laufender Rechnung mit Podevin von 5579 Frk. — Am 17. Mai erhielt er von diesem einen Wechsel von

12,000 Franken auf Paris zur Gutschrift in Rechnung (valeur en compte.) Den 26. Mai wurde Podevin zahlungsunfähig erklärt. Der Wechsel von 12,000 Franken war aber schon vorher von Béry verkauft worden; da er aber bei Verfall nicht bezahlt wurde, so war Béry genöthigt, ihn wieder einzulösen. Er liquidirte nun in der Gant des Podevin seine Forderung von 5579 Frk., und bot zugleich die Herausgabe des nicht bezahlten Wechsels von 12,000 Fr. an, die syndics aber behaupteten, die liquidirte Forderung sei durch die Gutschrift von 12,000 Franken am 17. Mai nicht allein aufgehoben, Liquidant sei auch der Gantmasse 6,421 Franken schuldig geworden, die er vollständig bezahlen müsse, dagegen stehe ihm frei, wegen des nicht bezahlten Wechsels von 12,000 Franken den Rückgriff auf die Gantmasse zu nehmen. Das Handelsgericht von Cambrai verwarf diese Einwendung der syndics, und ließ Béry mit der liquidirten Forderung zu, mittels Urtheil vom 5. August 1844, welches auf ergriffene Appellation von der Cour roy. von Douai den 5. März 1845 bestätigt wurde. Dieses Urtheil ist besonders gut motivirt; es erkennt ebenfalls den Handelsgebrauch, wornach Wechsel in laufender Rechnung nur „vorbehaltlich des Eingangs" gut geschrieben werden, ganz allgemein (nicht blos unter Banquiers) an, vergleicht den Fall, da Wechsel in Rechnung, mit dem andern, da sie gegen Geld oder Waaren gegeben werden, und kömmt zum Schluß, daß Billigkeit, Herkommen, Doktrin und Praxis in gleicher Weise g e g e n den Anspruch der syndics seien.

Sirey 1845. II. 268—272.

Daselbst ist auch die Entscheidung der Cour roy. de Paris vom 12. November 1844 in gleichem Sinn zu finden. Anders aber hat das Handelsgericht von Rouen und die Cour roy. daselbst den 13. Dezember 1841 entschieden.

Sirey 1842. II. 57.

In allen diesen Urtheilen habe ich ein Argument vermißt, welches die Controverse zu beseitigen geeignet erscheint. Der Indossant eines Wechsels übernimmt nämlich mittels Indossirung die Verbindlichkeit gegenüber dem Indossatar für Annahme und Zahlung des Wechsels einzustehen. Das Gesetz bezeichnet ihn als garant solidaire, sammtverbindlichen Bürgen. Die Schuld eines Bürgen ist eine bedingte — die Bedingung ist, wenn der Hauptschuldner nicht zahlt. Tritt diese Thatsache ein, so wird die Schuld eine unbedingte, und zwar in der Weise, als wenn sie nie bedingt gewesen wäre. Art. 1179. Wenn daher der Bezogene nicht zahlt, so wird die Bedingung, unter welcher der Indossant sich verbindlich gemacht hat, erfüllt; seine Verbindlichkeit wird wirksam, und zwar nicht in der Art, als wenn sie eben erst entstanden wäre, sondern in der Art, als ob sie zur Zeit der Indossirung schon unbedingt bestanden hätte. Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Indossatar, welcher dem Indossanten den Betrag eines Wechsels in Rechnung gut geschrieben hat, diesen dafür troß der inzwischen ausgebrochenen Gant auch wieder belasten kann, wenn der Wechsel nicht bezahlt wurde, weil die Garantie, in Folge deren der Rückgriff wegen des nichtbezahlten Wechsels statt findet, schon am Tag der Indossirung bestanden hat.

Dr. L a d e n b u r g.

II.

1) Unter welchen Umständen tritt die Befugniß des Forstgerichts ein, einen, den Werth von 1 fl. nicht übersteigenden Holzdiebstahl als Forstfrevel zu bestrafen?

(§. 10 des Gesetzes vom 6. März 1845 [Regierungsblatt Nr. VI.] Zusatz zu §. 172 des Forstgesetzes.)

2) Können auch ordentliche Strafgerichte, an welche in Folge der eigenen Ablehnung des Forstgerichts die Sache wegen Diebstahls kommt, dennoch wegen Forstfrevels erkennen?

In den Aufsätzen und Redactionsnoten der Annalen vom vorigen Jahre Nr. 43, I. pag. 337—341 — und von diesem Jahre Nr. 2, II. pag. 13—16 sind unter dieser Aufschrift hauptsächlich zwei Streitfragen erörtert worden, nämlich:

1) ob der wegen Entwendung von Forsterzeugnissen (von höchstens 1 fl. Werth) Angezeigte das Recht habe, ein Rechtsmittel gegen die Verfügung des Forstgerichts zu ergreifen, wodurch dieses seine Absicht zu erkennen giebt, von der in dem zweiten Absatze des §. 172 des Forstgesetzes ihm eingeräumten Befugniß (zur forstpolizeilichen Abwandlung des Vergehens) keinen Gebrauch machen zu wollen?

Es liegt allerdings vorerst in dem Ermessen des Forstgerichts, ob es einen der in §. 172, Abs. 2 des Forstgesetzes vorgesehenen Fälle selbst abwandeln will oder nicht. In letzterem Falle wird aber das Forstgericht nicht (gleich einer Anklagekammer, vgl. §§. 205, 206, 207 des Strafprocesses) eine förmliche Verfügung, welche die Sache an den ordentlichen Strafrichter verweist, zu erlassen haben, sondern es werden einfach die Acten an den zuständigen Strafrichter abzugeben sein *).

(vergl. den §. 58 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung mit §§. 42 und 207 der Strafproceßordn.)

Dieser ist natürlich durch die Ansicht des Forstgerichts nicht gebunden; es wird ihm vielmehr unbenommen bleiben, im einzelnen Falle, welcher übrigens nur ausnahmsweise eintreten kann und wird, die Acten an das Forstgericht mit dem Ausspruche zurückzugeben, daß kein Grund zur Erlassung eines gerichtlichen Erkenntnisses vorhanden sei (vergl. den §. 5 des Justizministerial-Erlasses vom 17. August 1827, Nr. 3854), wenn er nämlich aus dem Gehalt der Sache die Ueberzeugung schöpft, daß der Fall einer von denen sei, welche der Gesetzgeber milder behandelt wissen wollte, — und auf diese Erklärung der Unzuständigkeit der Gerichte wird wohl die Pflicht des Forstgerichts, die Anzeige seinerseits nun doch polizeilich zu erledigen, eintreten, da im Zweifel die mildere, für den Angezeigten günstigere Ansicht den Vorzug verdienen und die gerichtliche (namentlich die durch Collegialgerichte vorgenommene) Prüfung des Sachverhalts vor der des Forstgerichts immerhin die Vermuthung der größeren Gründlichkeit und der allseitigeren Erwägung für sich haben wird *).

In dem Absatze 2 des §. 172 des Forstgesetzes hat (wie in §. 397 des Strafgesetzes bei ähnlichen Entwendungen den Polizeibehörden) der Gesetzgeber eben nur erlaubt, unbedeutende Entwendungen von Forsterzeugnissen forstpolizeilich abzuwandeln, nirgends aber dem Forstgerichte ein besonderes Recht zur Bestimmung der gerichtlichen oder polizeilichen Strafbarkeit eines derartigen Vergehens eingeräumt, oder ausgesprochen, die Ansicht des Forstgerichts, daß eine solche unbedeutende Sache sich vor die Strafgerichte eigne, sei für diese bindend. Daß aber das Ermessen des Forstgerichts zuerst einzutreten hat, ist natürlich, denn bei ihm wird ja die Sache anhängig, während sie an das Strafgericht erst durch Vermittlung des Forstgerichts gelangt.

Ein Rechtsmittel (vergleiche §. 209 der Strafproceßordnung) gegen die Verfügung, womit das Forstgericht die Sache an das Strafgericht abgiebt, wird sonach der Angezeigte nicht einmal nöthig haben, da eine förmliche Verfügung, der Angezeigte sei vor Gericht zu stellen, von dem Forstgerichte nicht erlassen und dem Angezeigten nicht eröffnet werden wird (vgl. den §. 58 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung und den §. 42 der Strafproceßordnung), und da, wenn das Strafgericht die Sache zurückweist, dieselbe ja nur im früheren Stande bleibt, wenn aber das Strafgericht das Vergehen als Diebstahl aburtheilt, gegen dessen — dem Angeklagten ungünstiges — Urtheil der Recurs, wie in jeder anderen gerichtlichen Strafsache, stattfindet.

*) Bei unserer noch bestehenden Organisation wird die Strafrechtspflege in erster Instanz bei manchen Aemtern von demselben Beamten verwaltet, welchem auch die Thätigung der Forstfrevel übertragen ist, bei andern Aemtern hat entweder der Amtsvorstand letztere sich vorbehalten oder ein Nebenbeamter die eine oder andere zu besorgen.

Wenn nun ein in §. 172 des Forstgesetzes vorgesehener Fall eintritt, so wird das Ermessen des mit der Forstgerichtsbarkeit und Strafrechtspflege betrauten Beamten entscheiden, ob er die Sache in seiner Eigenschaft als Forstfrevel- oder als Strafrichter zu erledigen habe; wenn aber ein anderer Beamter Strafrichter ist, wird der Forstfrevelrichter die nach seiner Ansicht gerichtlich zu erledigende Sache an diesen mit dem Bemerken abzugeben (oder nach Beschaffenheit des Falles [wie in den Fällen des §. 200, Abs. 4, vgl. §. 169, 169 a—c. des Forstgesetzes] dem Obergerichte vorzulegen) und seine Ansicht, daß sich die Sache zur gerichtlichen Erledigung eigne, zu begründen haben.

Nach Einführung der bevorstehenden neuen Organisation zum Zweck der Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung wird die mit der Forstfrevelthätigung betraute Verwaltungsbehörde die zur gerichtlichen Erledigung sich eignende Sache dem Amtsgerichte (§. 56, Nr. 10, 57 der neuen Gerichtsverfassung) oder dem Bezirksstrafgerichte (§. 60 vergl. §. 59 ebendaselbst) beziehungsweise dem Staatsanwalte (§. 42 des neuen Strafprocesses, §. 58 der Gerichtsverfassung) zustellen. D. E.

*) Würde gleichwohl das Forstgericht bei seiner Meinung beharren, so läge zwischen ihm und dem Strafgericht ein negativer Competenzconflict vor, welcher durch eine dritte Behörde entschieden werden müßte, damit das in Frage stehende Vergehen nicht unbestraft bleibe. D. R.

2) ob das zuständige Strafgericht das Erkenntniß dennoch erlassen müsse, ungeachtet es einen ihm zur gerichtlichen Entscheidung vorgelegten Fall für hierzu nicht geeignet hält, weil es der Ansicht ist, derselbe gehöre nach der Absicht des Gesetzgebers als einfacher Forstfrevel vor das Forstgericht?

Die Lösung dieser Frage ist schon bei Beantwortung der ersten Streitfrage angedeutet. Das Gericht kann nur gerichtliche Strafen erkennen, aber in das polizeiliche Strafgebiet nicht übergreifen; es kann sich also, wenn sich ihm eine Entwendung von Forsterzeugnissen nur als einfacher Forstfrevel darstellt, nur darauf beschränken, sich für unzuständig zu erklären, muß sich folgeweise der Erlassung des Urtheils enthalten, sobald es die Ueberzeugung gewinnt, daß ein solcher Fall nicht als Diebstahl zu behandeln sei.

Die Thätigung der Forstfrevel ist nämlich besonderen Behörden übertragen, und zwar nach §. 200 des Forstgesetzes den Aemtern in erster und den Kreisregierungen in zweiter und letzter Instanz. *)

Nun bestimmt aber

§. 1 des Justizministerialerlasses vom 21. August 1813 (Regierungsblatt Nr. 26),

die Frage von der Grenzscheidung der Strafgewalt (der Aemter und Hofgerichte) sei da, wo ein Specialgesetz die Strafbefugniß einer benannten Staatsstelle ausdrücklich zuspreche, für solche Gattung von Vergehen beseitigt.

(vergl. den §. 56. Nr. 27 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung).

Da nun das Forstgesetz die Thätigung der gewöhnlichen Forstfrevel den Aemtern, als Polizeibehörden, zuweist, so steht den Gerichtsbehörden die Gerichtsbarkeit über jene Frevel nicht zu, sie sind zur Aburtheilung derselben absolut unzuständig, beziehungsweise gar nicht zuständig (vergl. §. 275. der Strafproceßordnung). **)

Ich bin daher der Ansicht, daß in dem Nr. 43 der Annalen vom vor. J. vorgetragenen Falle das betreffende Großh. Hofgericht sich auf den Ausspruch hätte beschränken sollen, es liege kein Grund zur Fällung eines gerichtlichen Erkenntnisses vor, und daß es sich hiervon durch die Entgegnung des Amts (als Forstgericht) nicht hätte abbringen lassen sollen.

Anders verhält es sich da, wo das Gesetz die Zuständigkeit der einen oder andern Behörde von dem im einzelnen Falle zu erkennenden niederen oder höheren Maße der einem Vergehen unbestimmt angedrohten Strafe abhängig macht. Hier entscheidet nämlich das Ermessen der untersuchenden Behörde, und hier ist es nun zum Zweck der Verhütung unnöthiger Verschleifung und damit der Ansicht der untern Behörde kein Zwang geschehe, Vorschrift, daß die Behörde, welcher die Strafbefugniß in erweitertem Maße zusteht, und welcher die untersuchende Behörde eine Sache zur Aburtheilung deßhalb vorgelegt hat, weil sie ein ihre Strafbefugniß übersteigendes Strafmaß für angemessen hält, — sich der Aburtheilung selbst dann nicht weigern dürfe, wenn sie in den Fall kommt, eine die Strafbefugniß der untersuchenden Behörde nicht übersteigende Strafe zu erkennen.

§. 5 des Justizministerial-Erlasses vom 21. August 1813. (Regierungsblatt Nr. 26).

Annalen 1842. Nr. 36 p. 259 vor Note *.

s. Annalen 1843. Nr. 21 p. 156, 157. §. 2.

vergleiche dem Justizministerial-Erlaß vom 3. April 1832. (Mannheimer A. B. Nr. 35. p. 221).

Diese Ansicht ist auch in dem Gesetze über die bevorstehende neue Gerichtsverfassung §. 58, 60, 62, 70 (per arg. e. contr.) ausgesprochen.

Solche Fälle der relativen Zuständigkeit des Forstgerichts oder Hof-, resp. nach §. 58, 60 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung — Bezirksstrafgerichts je nach dem Maß der zu erkennenden Strafe kommen um nach

Absatz 4 des §. 200 des Forstgesetzes

auch bei qualificirten Forstfreveln vor.

---

*) An die Stelle der jetzigen Aemter werden nach der bevorstehenden Trennung der Justiz von der Administration die Oberämter treten, und an die Stelle der Gerichte, welche bisher über Entwendungen von Forsterzeugnissen zu urtheilen hatten, die Amts- und die Bezirksstrafgerichte (§§. 56. 10, 59 I., 60 I. des Gesetzes über die Gerichtsverfassung). D. E.

**) Wenn aber das Forstgericht, als benannte Staatsstelle, die concrete That nicht als Forstfrevel, sondern als Diebstahl ansieht, dann ist ja gerade die Frage von der Gränzscheidung für solche Gattung von Vergehen nicht beseitigt; wenn ferner das Forstgericht in Folge seiner Ansicht den Fall an den ordentlichen Strafrichter verweist, dann begeht dieser durch die Aburtheilung desselben keinen Eingriff in die polizeiliche Strafgewalt und zwar um so weniger, als die im Forstgesetz gedrohten Strafen ohne Zweifel auch vom Richter erkannt werden dürfen. D. R.

Hier handelt es sich aber nicht um die Frage, liegt ein Diebstahl oder ein einfacher Forstfrevel zur Bestrafung vor? (wie in den Fällen des Absatzes 2 des §. 172 des Forstgesetzes) sondern um die Frage, welches Maß der unbestimmt angedrohten Gefängnißstrafe ist wegen eines gesetzlich ausgezeichneten Forstfrevels zu erkennen? nämlich wegen großen (§. 169 des Forstgesetzes) oder Erwerbs- (§. 169 a. des Forstgesetzes) oder Gewohnheitsfrevels (§. 169 b. des Forstgesetzes).

Das Gesetz trifft nämlich mit Rücksicht auf die Organisation der Behörden, welchen Gefängnißstrafe zu erkennen gestattet ist, die Bestimmung, daß das Forstgericht als Polizeibehörde nicht über 4 Wochen Gefängniß auszusprechen befugt sei, daher einen Fall, in welchem es eine höhere Gefängnißstrafe für geboten halte, (§. 168 a., 169 c. des Forstgesetzes) an das betreffende Gericht (beziehungsweise den Staatsanwalt) abzugeben habe. Hier erkennt also das Gericht, auch wenn es mehr als 4 Wochen Gefängniß ausspricht, immerhin über einen Forstfrevel (jedoch nur wenn ein großer, ein Erwerbs- oder ein Gewohnheitsfrevel vorliegt)

§. 200 des Forstgesetzes Abs. 4,

und in diesem Falle hat es folgeweise auch eine nach seinem (dem forstgerichtlichen entgegenstehenden) Ermessen eintretende niederere Strafe selbst auszusprechen, darf also aus dem Grunde, weil es ein niedereres Strafmaß für begründet hält, das Forstgericht nicht nöthigen, dasselbe gegen seine Ueberzeugung zu erkennen.

Stempf.

III.

Zur Lehre von den unbedingten Befehlen (dem unbedingten Mandatsproceß) nach badischem Rechte.

Welches Rechtsverhältniß tritt ein, wenn der Beklagte die in Proceßordnung §. 705 bestimmte Frist zum Vorbringen seiner Einwendungen versäumt hat?

Diese Frage wird nach badischem Rechte dahin zu beantworten sein:

Hat der Beklagte die in Proceßordnung §. 705, verglichen mit §. 702, bestimmte Frist vorübergehen lassen, ohne Einwendungen vorzubringen, und ist auf Anrufen des Klägers die angedrohte Vollstreckung erkannt worden, so hat diese Vollstreckungsverfügung die Kraft eines Versäumungserkenntnisses, und es kann der Beklagte seine Einreden nur noch vermöge eines Wiederherstellungsgesuches in der durch Proceßordnung §. 658 folg. festgesetzten Frist wirksam geltend machen, es sei denn, daß die Wiederherstellungsklage der Proceßordnung §§. 1251, 1253 folg. Platz greifen würde. Im Wege besonderer Ausführung kann er später nur diejenigen Einreden mit Erfolg noch geltend machen, welche ihm gemäß Proceßordnung §. 707 zu besonderer Ausführung vorbehalten wurden, jedenfalls werden solche, früher gar nicht geltend gemachten Einreden auf dem bezeichneten Wege nicht mit Erfolg nachgeholt werden können, die im früheren Verfahren gemäß §. 706, als durch Urkunden oder Eideszuschiebung zu erweisen, wirksam vorgebracht werden konnten und sollten.

Diese Sätze scheinen mir den Bestimmungen unserer badischen Proceßordnung über unbedingte Befehle, dem überhaupt in unserem Proceßgesetz durchgeführten System, so wie einer zweckmäßigen Proceßgesetzgebung weit mehr zu entsprechen, als die auch bei einer Entscheidung des unterrheinischen Hofgerichtes jüngst von der Mehrheit angenommene Gegenansicht, wonach Einreden, die das Recht selbst betreffen, ungeachtet des Ablaufs der obenbezeichneten Fristen, sollte auch die Vollstreckung schon begonnen oder vollzogen sein, vom Beklagten regelmäßig im Wege besonderer Ausführung noch geltend gemacht werden dürften und nur insoferne, als der Einhalt der Vollstreckung in Frage käme, die Vorschrift der Proceßordnung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit gewisser Einreden im Vollstreckungsverfahren dem Beklagten hemmend im Wege stehen würde. Die fragliche Gegenansicht lehnt sich an die Ansichten bekannter Rechtslehrer über die immer bloß vorläufig, nicht endgültig wirkende Kraft des gemeinrechtlichen, unbedingten Mandatsprocesses an, und hat zugleich die gewichtige Stimme Bekk's in den Oberhofgerichtl. Jahrbüchern N. F., J. 8, S. 187 für sich.

Der Grundsatz, um den es sich hier handelt, scheint mir im Interesse eines raschen und zweckmäßigen, unserem vaterländischen Rechtssystem sich anschließenden Proceßganges so wichtig, daß ich die oben aufgestellten Sätze hier näher zu entwickeln und zu rechtfertigen versuchen will. Auch für diejenigen, welche meine Ansichten nicht zu theilen vermögen, möchte eine genauere Erörterung jener Sätze nicht ganz fruchtlos erscheinen.

Um den zu richtiger Würdigung der Sache erforderlichen Standpunkt zu gewinnen, muß man sich die allmählige Hervorbildung des unbedingten Mandatsprocesses aus der Reichsgesetzgebung, welcher in gewisser Beziehung die römischen Interdicte zum Vorbilde gedient haben mögen, vergegenwärtigen.

Die Kammergerichtsordnung vom J. 1555 war es, welche zur Beseitigung des früheren Mißbrauches der ohne Vernehmung des Beklagten erlassenen Mandate zuerst den Unterschied zwischen bedingten und unbedingten Mandaten, mandata cum et sine clausula (justificatoria), gesetzlich feststellte, und eine neue, freilich sehr unbestimmte und dehnbare Grundlage für die Zulässigkeit unbedingter Mandate, bei welchen die clausula justificatoria ausnahmsweise wegfiel, an Handen gab. Nach Theil II., Tit. 23 sollte ein Mandat ohne Clausel hauptsächlich nur in den bekannten vier Fällen stattfinden, nämlich (nach der üblichen Bezeichnung):

1) ob factum nullo jure justificabile,
2) ob damnum irreparabile,
3) ob detrimentum reipublicae,
4) ob periculum in mora.

Durch den hinzugefügten Vorbehalt: „in solchen und sonst anderen Fällen, in denen vermög der Recht a praecepto (de solvendo oder executivo) ohne vorhergehende Erkanntnuß angefangen werden mag", womit §. 79 des Reichsabschiedes vom J. 1594 zu vergleichen ist, wurde die schon an sich unbestimmte Grundlage noch viel schwankender.

Uebrigens bezogen sich die gegebenen Bestimmungen ihrem Grundcharacter nach augenscheinlich auf solche Fälle, wo wegen der besonderen Beschaffenheit der in Frage stehenden Rechtsverletzung ein rascheres Einschreiten, als das gewöhnliche, fast sprichwörtlich gewordene Verfahren des Reichskammergerichtes nöthig erschien, und es trug demgemäß das fragliche Einschreiten unverkennbar das Gepräge einer bloß vorläufigen Verfügung an sich, wie denn auch die Androhung einer Strafe (Pön) dabei stattfand.

Erst durch den Deputationsabschied v. J. 1600, §. 32 wurde näher bestimmt, daß auch bei Schuldverschreibungen mit der Clausel „mit oder ohne Recht" („da Einer in einer Verschreibung dem Gläubiger Macht und Gewalt giebt, seines Gefallens gegen den verschriebenen Gütern zu verfahren und sich an den Pfanden oder Güter mit oder ohne Recht bezahlt zu machen") mandata sine clausula erkannt werden dürften, was übrigens schon früher Gerichtsgebrauch bei dem Reichskammergerichte gewesen zu sein scheint. Der Gerichtsgebrauch ging jedoch in der Folge allmählig noch weiter, indem er jederlei öffentliche Urkunden auch ohne die fragliche Clausel (die sogenannte Executivclausel) als zur Erlassung unbedingter Mandate genügend gelten ließ.

Im Jüngsten Reichsabschied §. 79 wurde wegen des in dieser Beziehung eingerissenen Mißbrauches eingeschärft, daß mandata sine clausula allein in den (obenerwähnten) vier Fällen, sodann in causis pignorationis, de relaxandis captivis und anderen in der K. G. O. und den Reichsverfassungen enthaltenen Fällen erkannt werden sollten.

Bei solcher Beschaffenheit der zur Norm dienenden Gesetze ist es nicht zu verwundern, daß die Ansichten der Lehrer des gemeinen Rechtes in Betreff des unbedingten Mandatsprocesses sehr verschieden waren und sind. Es giebt Rechtslehrer, welche diese Proceßart überhaupt nur wegen eines factum nullo jure justificabile bezugsweise in den Fällen, in welchen die Zulassung dem streng genommenen Wortlaut der angeführten Reichsgesetze entspricht, für zulässig erklären.

Vergl. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, vierte Auflage, §. 233.
Linde, Lehrbuch des Civilprocesses, fünfte Auflage, §. 355.

Martin, in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 245, läßt unbedingte Mandate bei Ansprüchen, die durch öffentliche, in Urschrift vorgelegte Urkunden bei Anbringung der Klage vollkommen erwiesen sind, mit der Beschränkung zu, daß die Ansprüche unzweifelhaften, d. h. nicht etwa streitigen, Rechtens sein müssen, und denselben, bewandten Umständen nach Einreden nicht wohl entgegengesetzt werden können, sonst aber läßt dieser Rechtslehrer unbedingte Mandate nur im Falle bescheinigter Gefahr eines unersetzlichen oder sehr schwer zu vergütenden Schadens zu.

Weiter geht Bayer, in der Theorie der summarischen Processe §. 8, indem er mit Heffter zu den von Martin zugelassenen Fällen noch den Fall des factum nullo jure justificabile hinzufügt.

Eine der letzteren ähnliche Ansicht stellt Mittermaier auf.

Vergl. dessen gemeinen deutschen bürgerlichen Proceß in Vergleichung u. s. w., Beitrag 4. S. 204.

Auch darüber bestand und besteht Streit, inwiefern zerstörliche Einreden zur Begründung der s. g. Exceptio sub- et obreptionis in dieser Proceßart benützt werden dürfen, namentlich solche, die nicht durch Urkunden, sondern nur durch Eideszuschiebung oder Augenschein erweislich gemacht werden können.

Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 213.

Welche unter sich sehr verschiedene Ansichten in Bezug auf den unbedingten Mandatsproceß neueren deutschen Gesetzgebungen zu Grunde liegen, ist ebendaselbst S. 199 — 204 zu ersehen.

Was nun insbesondere das in Ansehung der vom Beklagten versäumten Einreden eintretende Rechtsverhältniß betrifft, so stellt Mittermaier a. a. Orte S. 190 schon in Bezug auf den Executivproceß die Ansicht auf, „daß der Beklagte, wenn er auch im Executivproceß nicht erschien und verurtheilt wurde, oder keine Einreden vorbrachte, dennoch befugt ist, in der Folge seine Einreden, ungeachtet der Verurtheilung im Executivproceß, geltend zu machen, weil er im Executivproceß nicht schuldig war, alle Einreden vorzubringen, und daher kein Verzicht aus dem Nichtvorbringen geschlossen werden kann.“ (Hiebei führt dieser Schriftsteller eine in diesem Sinne ergangene Entscheidung des baierischen und königlichen sächsischen Oberappellationsgerichtes an). Derselbe mußte daher um so mehr auch in Bezug auf den unbedingten Mandatsproceß das Nämliche gelten lassen, da die Vertheidigung des Beklagten hier noch mehr beschränkt erscheint. In dieser Beziehung bemerkt er S. 216. „Die richtige Beantwortung der Frage hängt davon ab, wie man das ergangene Mandat beurtheilt; betrachtet man es als ein rechtskräftiges Urtheil, so kann man annehmen, daß der Beklagte mit allen seinen Einreden, die nicht in dem Mandatsverfahren als rechtlich zulässig erkannt worden, präcludirt ist. Allein dieß ist unrichtig; der Mandatsproceß bezieht sich nur darauf, einem die Vollstreckung sofort begründenden richterlichen Befehl zu erwirken, und das Benehmen des Impetraten ist nur darauf gerichtet, dieß zu verhindern; daher kann auch eine Präclusion nicht weiter wirken, als daß die präcludirte Einrede nicht mehr in dem Mandatsproceß vorgebracht werden kann; das ergangene Mandat begründet das Recht zu sofortiger Vollstreckung.“ Hieraus wird dann die Folge gezogen:

„Hatte der Richter in dem Mandat zugleich eine Frist zum Vorbringen der Einreden gesetzt, oder eine Tagfahrt zur Verhandlung über die Einreden bestimmt und blieb der Beklagte aus, ohne Einreden vorzubringen, so erscheint das darauf erlassene bestätigte Mandat wie ein Ungehorsamsurtheil, welches vollstreckt werden kann, und der Beklagte, wenn er die Execution hindern will, muß entweder zeigen, daß er früher die Einreden nicht habe vorbringen können, oder überhaupt Restitution, wie sie gegen Contumacialurtheile Statt findet, nachsuchen, oder im nachfolgenden ordentlichen Processe Einreden, die er klagbar verfolgen kann, geltend machen.“

Nicht ganz im Einklang mit obigen Grundsätzen scheinen andere Aeußerungen des nämlichen Schriftstellers zu stehen. Namentlich unterscheidet er S. 194 die Fälle, wo der Mandatsproceß nur „eine auf Bewirkung eines provisorischen Zustandes gerichtete Proceßart“ ist, von den andern Fällen, wo „das Rechtsverhältniß selbst unter den Partheien auf eine rechtskräftige Weise in der Hauptsache entschieden werden“ soll, nämlich „wenn Jemand aus einem öffentlichen Instrumente klagt.“

Bayer in seiner Theorie der summarischen Processe theilt hinsichtlich unserer Frage die Ansicht Mittermaiers, auf welchen er sich auch bezieht. Er sagt am Schlusse des §. 13. „Weil es — dem Impetraten selbst nach geschehener Befolgung des Mandats noch gestattet ist, seine Einwendungen in einem eigenen Verfahren nachträglich geltend zu machen (R. G. O. von 1555 Thl. II. Tit. 23 a. E.) so wird man ihm diese Freiheit auch dann einräumen müssen, wenn er sich mit dem Anbringen der Einreden verspätet hatte, so daß sich die Wirkung der Präclusion nur auf den Mandatsproceß allein beschränkt, ohne dem nachträglichen Verfahren zu präjudiciren.“

Der von Bayer angeführte Grund dürfte für sich allein nicht von sehr großem Gewicht erscheinen, wenn man erwägt, daß die K. G. O. a. a. O. eben gerade von den vier obenbezeichneten und andern derartigen Fällen redet, in welchen das Mandat nur als eine vorläufige Verfügung zu einstweiliger Abhilfe gegeben wird, daß dagegen die hier in Frage stehende Art des unbeding-

ten Mandatsprocesses (ebenso wie der Executivproceß) ihrem Ursprung nach mit der s. g. Executivclausel im Zusammenhang steht, und dem aus einer executorischen Urkunde Verpflichteten ursprünglich alle Einreden abgeschnitten waren, indem eine Confessio in jure angenommen wurde.

Vergl. Bayer a. a. O. §. 8. 42, 46. Note *

Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 193. S. 154—160.

Uebrigens bemerkt Bayer am Schlusse des §. 47 in Bezug auf den Executivproceß. „Da der Executivproceß nicht auf eine erschöpfende Erörterung der ganzen Sache berechnet ist, so steht es dem verurtheilten Schuldner immer noch frei, mit denjenigen Einreden, welche nur wegen der eigenthümlichen Natur des Executivprocesses bisher nicht berücksichtigt werden konnten, in einem besonderen ordentlichen Verfahren nachträglich aufzutreten — selbst dann, wenn ihm auch in dem Urtheile die besondere Ausführung nicht ausdrücklich vorbehalten worden wäre.“ Hiernach und nach §. 46 Note 4 scheint Bayer die Geltendmachung von Einreden in einer besonderen Nachklage nach Erledigung des Executivprocesses doch auf die „exceptiones altioris indaginis“ beschränken zu wollen.

Immerhin möchten gegen die ganz unbeschränkte Zulässigkeit derartiger Nachklagen zur Geltendmachung versäumter Einreden nach ordnungsmäßiger Erledigung des Executivprocesses und auch des unbedingten Mandatsprocesses selbst vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus nicht unerhebliche Bedenken vorgebracht werden können, da der jüngste Reichsabschied in §. 78 in Bezug auf den unbedingten Mandatsproceß vorschrieb: Es solle der Beklagte „alle seine Behelff *in primo termino* (nämlich dem ad docendum de paritione vel excipiendum, zum Nachweis der Befolgung oder Vortrag von Einreden gesetzten Termin) in seinen *Exceptionibus* unter gewöhnlichem Präjudicio sammenhaft einzugeben verbunden seyn.“

Ohne auf diesen über den Kreis vorliegender Abhandlung hinausragenden Punkt näher einzugehen, wende ich mich nun zur Prüfung der Bestimmungen unseres badischen Processes:

Hiebei zeigt sich Folgendes:

Im Tit. 33 der Proceßordnung (§. 702 flg) ist bei Klagen, welche auf persönlichen Verbindlichkeiten beruhen, dem Kläger, falls er alle zur Klagbegründung erforderlichen, die Verpflichtung des Gegners in allen Beziehungen außer Zweifel setzenden, Thatsachen sofort mit fehlerfreien, in Urschrift beigebrachten, öffentlichen Urkunden zu erweisen vermag, das Recht ertheilt, einen unbedingten Befehl zu erwirken, wonach der Beklagte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit in einer zu bestimmenden Frist bei Vermeidung der Vollstreckung angewiesen wird.

In den §§. 709—717 sind diejenigen Fälle, in welchen unbedingte Befehle nur als einstweilige Verfügungen erscheinen, besonders abgehandelt und von den Fällen der §§. 702—708, in denen solche Befehle auf förmliche Klagen behufs der Erfüllung persönlicher Verbindlichkeit ergehen, scharf gesondert. Während hinsichtlich der ersteren Befehle in § 710, 713, 717 zur Genüge ausgedrückt ist, daß sie — was schon ihre Bezeichnung mit sich bringt — in der Hauptsache nicht entscheiden, sondern nur einen vorläufigen Rechtszustand herbeiführen, wie dieß auch hinsichtlich der Besitzklagen im Tit. 36 genügend kund gegeben ist, findet sich hinsichtlich der im Wege des unbedingten Mandatsprocesses erledigten Klagen ebensowenig als hinsichtlich der im Executivproceß entschiedenen irgendwo im Gesetze die leiseste Spur einer Andeutung, daß sie keine endgültige Erledigung der Sache selbst gewähren, beziehungsweise, daß die besondere Verhandlung der nämlichen Proceßsache im Wege des gewöhnlichen Verfahrens zu Gunsten des Beklagten regelmäßig vorbehalten bleibt. Schon wegen dieses Umstandes muß wohl die Annahme einer solchen wesentlichen Abweichung der fraglichen Proceßarten vom gewöhnlichen, namentlich auch vom gewöhnlichen abgekürzten, Proceß dem badischen Richter als unzulässig erscheinen, da ihr die allgemeine Auslegungsregel des Landrechtssatzes 6 b. entgegensteht, wonach das was kein Satz des Gesetzes geradezu oder folgeweise sagt, in Bezug auf unser badisches Recht nicht Gesetz mehr ist, möge es nun vorhin aus gemeinem oder Landesgesetzen, aus Gewohnheiten oder Rechtsmeinungen gegolten haben. Daß diese allgemeine Auslegungsregel auch auf unser vollständiges, mehrfach auf neuen Grundlagen beruhendes Proceßgesetzbuch Anwendung findet, wird nicht zu bezweifeln sein.

Vergl. hierüber Baurittel Handbuch des badischen bürgerlichen Rechtes Band I. S. 19 (zu I. Einführungsedikt §. XVII.)

(Schluß folgt).

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. — Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 22. Karlsruhe, den 29. Mai 1847.

I.

Zur Lehre von den unbedingten Befehlen (dem unbedingten Mandatsproceß) nach badischem Rechte.

Welches Rechtsverhältniß tritt ein, wenn der Beklagte die in Proceßordnung §. 705 bestimmte Frist zum Vorbringen seiner Einwendungen versäumt hat?

(Schluß.)

Nun ist aber in §. 946 der Proceßordnung — zwar im Titel vom Vollstreckungsverfahren, aber immerhin ganz unbeschränkt und gerade in nächster Beziehung auf die Rechtskraft der Urtheile — verordnet: „Vollzugsreife unbedingte Befehle werden den Urtheilen gleich gerechnet.“ Es ist daher nicht abzusehen, wie der Beklagte, der seine im unbedingten Mandatsverfahren nicht zur vorgeschriebenen Zeit vorgebrachten Einreden in einer besonderen Nachklage nachträglich geltend machen will, seinem Gegner, wenn dieser sich auf das frühere seinen Klaganspruch erledigende, vom Schuldner auf die gesetzlich zulässige Weise nicht angefochtene Schuldklagverfahren beruft, die demselben zur Seite stehende gesetzliche Vermuthung des L. R. S. 1351, dessen Erfordernisse sämmtlich vorhanden sind, entziehen kann.

Aus §. 707 ist zu entnehmen, daß die besondere Ausführung nur bei solchen Einreden Statt findet, welche der Beklagte in der ihm gemäß §. 705 zu seiner nachträglichen Vertheidigung freigelassene Frist wirklich geltend gemacht hat, denen es aber am erforderlichen schnellen Beweise gebricht. Diese Bestimmung entspricht der im §. 729 für den Executiv- und Wechselproceß gegebenen Vorschrift. Hätte der Gesetzgeber die besondere Ausführung von Einreden überhaupt freigeben wollen, so hätte er hier und noch an andern Orten allen Anlaß gehabt, seinen Willen auszusprechen.

In §. 703 ist bestimmt, daß auf eine zur Erlangung eines unbedingten Befehls angestellte Klage (das Gesetz selbst bedient sich überall des Ausdruckes „Klage“) der nur ein Mangel am erforderlichen Urkundenbeweise entgegensteht,, jedesmal mit Verwerfung der fraglichen Proceßart („angebrachtermaßen“) zugleich die weitere Verhandlung der Sache in der geeigneten Proceßart eingeleitet werden soll. Eine gleichartige Bestimmung für den Executiv- und Wechselproceß findet sich auch hiezu, nämlich in §. 728, wie denn überhaupt der unbedingte Mandatsproceß des §. 702 von mehr als einer Seite mit dem Executivproceß in viel innigerer Verwandschaft steht, als mit den einstweiligen Verfügungen des §. 709. Aus jener Bestimmung läßt sich erkennen, daß sich der Gesetzgeber jenen unbedingten Mandatsproceß sowie seinen minderbegünstigten Verwandten, den Executivproceß, nur als einen zu Klägers Gunsten bevorzugten, übrigens im Hauptzweck und im Enderfolg vom gewöhnlichen Verfahren nicht wesentlich verschiedenen, Proceßweg gedacht hat, nämlich als einen Proceßweg, welcher — mit Vermeidung der bei der Klarheit des Klaganspruches entbehrlichen Weiterungen — zu endgültiger, nicht blos vorläufiger Entscheidung der Hauptsache führen soll. Es würde ja sonst den Gesetzgeber mit Grund der Vorwurf treffen, daß er dem Richter hier zur Pflicht machte, nicht nur etwas Anderes, als der Kläger beantragte, sondern auch in einer erheblichen Beziehung ein Mehreres, als das sein Antrag besten Falls erzielen konnte, durch seine Verfügung von Amtswegen herbeizuführen, während unser Proceßgesetz doch sonst die Verhandlungsmaxime, insbesondere das „ne ultra petita“ zur strengen Richtschnur genommen hat.

Mag man die unbeschränkte Zulassung der fraglichen Nachklagen zur Geltendmachung der Einreden von Seiten

des Schuldners auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte im Rückblick auf die Entstehung der unbedingten Mandate, auf ihren ursprünglichen Zweck, auf das Verhältniß der Reichsgerichte, auf den Gang des früheren Verfahrens mit seiner rein schriftlichen Grundlage und seiner Neigung zu unersprießlichen Weiterungen, endlich auf die mangelhafte Ausbildung des unbedingten Mandatsprocesses und die allzugroße Beschränkung der Vertheidigungsmittel des Beklagten im Vergleich mit dem gewöhnlichen Verfahren für gerechtfertigt erkennen; ganz anders gestalten sich die Verhältnisse nach unserem badischen Rechte. Der Geist unseres Proceßgesetzes ist überhaupt derartigen Nachklagen nicht hold, denn, die streng darin durchgeführte Eventualmaxime verlangt, daß alles möglichst auf einmal erledigt werde. Unser Proceßverfahren, durchgängig vorzugsweise am Grundsatz der Mündlichkeit festhaltend, ist überhaupt ein mehr abgekürztes geworden. Insbesondere nähert sich das nach §. 673 in so vielen Fällen eintretende (vorzugsweise so genannte) abgekürzte Verfahren wegen des allgemeinen Gebotes alsbaldiger Beweisantretung, sofern dieses gehörig gehandhabt wird (wie dieß namentlich nach der ursprünglichen Gestaltung desselben vorausgesetzt wurde) dem Executivproceß und folgeweise auch dem unbedingten Mandatsproceß unverkennbar und zwar um so mehr, als diese beiden besonders abgekürzten Proceßarten ihrerseits die zur Selbstständigkeit erforderliche Ausbildung erlangt haben.

Vor Allem aber verdient es wohl beachtet zu werden, daß nach Landrechtsatz 1341 folg. der Zeugenbeweis und der Vermuthungsbeweis in Bezug auf alle bedeutenderen Rechtsgeschäfte ohnehin aus dem Processe verbannt oder doch nur ausnahmsweise darin zugelassen ist, so daß auch hier der Urkundenbeweis und die Zuschiebung des Haupteides gewöhnlich die Hauptrolle spielen. (Was noch in Mitte bleibt, der Beweis durch Sachverständige oder Augenschein, ist nicht von großem Belange, zumal, wenn es sich um Schuldklagen handelt.)

Auch in unserem unbedingten Mandatsproceß ist dem Beklagten die Vertheidigung keineswegs ganz abgeschnitten Das Gesetz geht von der Unterstellung aus, daß es hier, wo der ganze Klaganspruch in jeder Beziehung durch öffentliche Urkunden von vornherein klar gemacht sein muß, einer Vernehmlassung des Beklagten in der Regel gar nicht bedarf, und daß nach Beschaffenheit der Verhältnisse Einreden, und namentlich solche die eine weitläufige Verhandlung erfordern, nicht zu erwarten sind.

Statt der Verhandlung und eines förmlichen Urtheils tritt hier sofort der richterliche Zahlungsbefehl ein, weil angenommen wird, daß hier eine Urtheils nicht weiter bedürftige Schuld vorliegt. Nur insofern wird die förmliche Urtheilsfällung unterlassen. Weil es aber immerhin möglich ist, daß jene Unterstellung im einzelnen Falle nicht ganz zutrifft, so giebt das Gesetz innerhalb der im § 705 bestimmten Frist dem Beklagten das Recht in Form einer Einsprache gegen den richterlichen Befehl (gewissermaßen durch eine Art nicht devolutiven Rechtsmittels) seine etwa dennoch vorhandenen erheblichen Einwendungen geltend zu machen. Er muß sie freilich, wenn nicht die Natur der Einwendung ihn von der Beweislast befreit, sofort durch Urkunden oder Eideszuschiebung erweislich machen, um in diesem besonders abgekürzten Verfahren damit auszureichen, allein hierin liegt nach dem Obigen in Vergleichung mit unserem Verfahren überhaupt keine allzugroße Beschränkung. Entspricht es doch ganz einem Hauptgrundsatze unseres Landrechtes, daß dem Schuldner, dessen Gläubiger für die Beweislichkeit seines Anspruches durch Urkunden auf das Beste gesorgt hat, zugemuthet wird, sich auch seinerseits mit Urkunden zum Beweise der Tilgung seiner Verbindlichkeit zu versehen, wenn er nicht im Streitfall auf den Nothbehelf des Haupteides zu greifen genöthigt sein will. Handelt es sich etwa ausnahmsweise um eine Einrede, die nicht durch Eideszuschiebung erweislich wäre, oder um einen Fall, wo er besonderen Grund und nach Beschaffenheit der Sache und der zu Gebot stehenden Beweise hinreichende Mittel hätte, der Eideszuschiebung auszuweichen, so steht es dem Beklagten immerhin frei, sich das Recht besonderer Ausführung dadurch zu wahren, daß er Einwand erhebt und seine Einrede, wenn auch nur zu jenem Behufe, vorbringt. Auch diese Zumuthung wird nicht unbillig erscheinen, da es so sehr in der Natur der Dinge liegt, daß der Beklagte um die Folgen des richterlichen Befehls von sich abzuwenden, im Laufe der gegebenen Frist zum Richter eilt, und ihm den Ungrund der Zahlungsverfügung kund giebt. Hat er die Frist versäumt und ist auf Anrufen des Klägers die Vollstreckung

erkannt worden, so kann er immer noch innerhalb der Wiederherstellungsfrist der Proceßordnung §. 658 folg. das Versäumte nachholen, denn es muß die Vollstreckungsverfügnug in diesem Falle offenbar als ein Versäumungserkenntniß aufgefaßt werden, mag man selbst das dem Kläger wegen versäumter Einsprache des Beklagten binnen der gesetzten Frist zuerkannte Recht auf ein vorläufiges Zugriffsrecht beschränken.

Vergl. Oberhofgerichtliche Jahrbücher N. F. J. 8. S. 186. (Entscheidungsgründe des Oberhofgerichtes.)

Thilo erläuterte Proceßordnung S. 447. Anmerkung 7. (Entscheidung des Hofgerichtes des Mittelrheinkreises).

ferner: Mittermaier und Bayer an den obenangeführten Orten.

Dagegen: Bekk, Oberhofgerichtliche Jahrbücher N. F. B. 8. S. 188.

Daß die Vollstreckung ohne Rücksicht auf den Lauf der Wiederherstellungsfrist vollzogen wird, ist in der Natur der Androhung und des unbedingten Mandatsverfahrens (vergl. Proceßordnung §. 718) begründet.

War der Beklagte so nachläßig oder unerfahren, daß er die erste Frist ungenützt vorüber gehen ließ, so muß ihn der erfolgte Vollstreckungsbefehl aus seinem Schlummer erwecken, da auch ein mehr als mittelmäßiger Verstand begreift, daß dasjenige, was dem Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers einmal im Rechtswege hinweggenommen wurde, ihm in der Regel auch von Rechtswegen entzogen bleiben wird, wenn er seinerseits gar nichts thut, um den nachtheiligen Richterspruch anzufechten und seine Rechte zu wahren.

Uebrigens kann der Beklagte immer noch, so lange das Vollstreckungsverfahren noch im Laufe ist, diejenigen Einreden mit Erfolg vorbringen, welche im Vollstreckungsverfahren überhaupt noch gesetzlich zuläßig sind. Proceßordnung §. 958, 959, 964. Auch steht ihm geeigneten Falles die Wiederherstellungsklage gemäß Proceßordnung §. 1251 folg. noch zu Gebot.

Sollte es nothwendig oder zweckmäßig und den sonstigen Grundsätzen unseres Proceßsystems entsprechend sein, dem Beklagten allgemein noch ein weitläufiges Nachverfahren zu nachträglicher Geltendmachung selbst derjenigen Einreden, die er in früherem Verfahren vorbringen konnte, offen zu halten? In Bezug auf diejenigen Einreden wenigstens, welche im früheren, besonders abgekürzten Verfahren wirksam vorgebracht werden konnten, scheint mir in keinem Falle ein haltbarer Grund hiefür aufgewiesen werden zu können.

Ich komme nun auf den gewichtigsten Einwand, welcher der hier vertheidigten Ansicht entgegengestellt werden kann, ich meine die Bestimmung des P. O. §. 653. In dieser Beziehung sagt Bekk a. a. O. S. 187.:

„Aber was sind die Folgen dieser Versäumniß? — Nach §. 653 nichts, als was dießfalls vom Gesetze bestimmt und vom Richter angedroht worden ist. Da nun nach §. 702 dem Beklagten im unbedingten Befehle nicht aufgegeben wurde, innerhalb der bestimmten Frist seine Einsprachen vorzutragen, so kann er mit dem Vortrag dieser Einreden auch nicht ausgeschlossen werden. Die Androhung geht nach §. 702 nur dahin, daß wenn der Beklagte in der bestimmten Frist nicht zahle, gegen ihn eine Vollstreckungsverfügung erfolge. Uebrigens tritt diese Folge thatsächlich dennoch ein. Der Richter macht zwar nach §. 702 dem Beklagten wegen des Vortrags seiner Einsprachen keine Auflage, aber das Gesetz (§. 705 — 708) gibt ihm die Befugniß, solche Einsprachen auch unaufgefordert zu erheben. Es beschränkt ihn in dieser Hinsicht nirgends auf die Frist, welche der Richter dem Beklagten nach §. 702 zur Zahlungsleistung anberaumt hat; es unterliegt also keinem Zweifel, daß er die Einsprachen auch nach Umlauf dieser Frist noch vorbringen kann. Eben aus diesem Grunde kann der Beklagte selbst nach erkannter Vollstreckung die Einsprachen noch vorbringen, da auch in dieser Beziehung das Gesetz keine Schranke enthält; allein da auf eine solche Einsprache hin nach §. 958 und folg. kein Einhalt mit der bereits erkannten Vollstreckung gefordert werden kann, so wäre die Einsprache ohne Erfolg, ausgenommen, wenn dadurch nach §. 707 eine Wiederaufhebung des unbedingten Befehls erlangt würde, ehe noch die Vollstreckungsverfügung zum Vollzug gekommen wäre. Ist die Vollstreckung vollzogen, so würde die Aufhebung des unbedingten Befehls nichts mehr nützen, und insoweit blos die Rückforderung der in Vollstreckungsverfahren bewirkten Zahlung in Frage liegt, handelt es sich um den besondern Austrag, der dem Beklagten zur Geltendmachung aller nicht nach §. 707 unbedingt verworfenen Einreden ohnehin vorbehalten bleibt."

Hiegegen ist zu bemerken:

Der unbedingte Mandatsproceß, wie er sich in unserem Rechte darstellt, geht, wie schon oben hervorgehoben wurde, von der unverkennbaren Unterstellung aus, daß ein Klaganspruch vorliege, in Bezug auf welchen es gar keines förmlichen Urtheils bedarf, weil er durch öffentliche Urkunden in jeder Hinsicht völlig klar gemacht ist. Einer Vernehmlassung bedarf es nicht, weil jene keiner förmlichen Anerkennung bedürfenden Urkunden gleich wie ein Zugeständniß vor Gericht (Confessio in jure) angesehen werden. (Vergl. Proceßordnung §. 373, wonach auch in einem Falle ausdrücklichen Zugeständnisses gleichmäßig eine Art unbedingten Zahlungsbefehls erlassen wird.) Dieß ist der Grund, warum der Beklagte hier nicht zur Vernehmlassung aufgefordert wird. Das Gesetz geht aber von der weiteren Unterstellung aus, daß Einreden wahrscheinlich nicht zu erwarten sind, und demgemäß der Richterspruch als unbedingter Befehl anticipirt werden kann. Ist nun ein anticipirter Richterspruch in solchem Falle erfolgt, so ist die dem Beklagten hiegegen offenstehende Anfechtung folgerichtig nicht sowohl wie ein Vorbringen von gewöhnlichen Einreden, als vielmehr wie eine Einsprache, gewissermaßen eine Art von nicht devolutiven Rechtsmittel, zu betrachten. Dieß erkennt auch Bayer a. a. O. §. 12. Note 3., desgleichen Mittermaier a. a. O. S. 210., an. Vergl. auch Weilers Motive zur Proceßordnung §. 718—719.

Appellation ist für den Beklagten nur dann nöthig, wenn er Einsprache erhoben hat und dieselbe verworfen wurde. Proceßordnung §. 718.

Betrachtet man aber die dem Beklagten zu seiner nachträglichen Vertheidigung gesetzlich offengehaltene Anfechtung oder Einsprache von diesem Gesichtspunkte aus, so erscheint es ganz in der Ordnung und der Natur dieses bevorzugten Processes gemäß, daß eine den Ausschluß mit versäumten Einreden androhende Auflage an den Beklagten nicht erlassen wird, indem ja die Einwendungen des Beklagten nach bereits (zum Voraus) erlassenem Spruch den Charakter von Beschwerden auf den Grund mißachteter Gesetzesvorschriften oder neuer Thatsachen u. s. w. an sich tragen, mithin die Androhung des Ausschlusses der einzelnen Beschwerden nicht nöthig ist. Mit dem Verlust der Anfechtung oder Einsprache gehen die einzelnen Beschwerden von selbst verloren. Ich erlaube mir hier in Bezug auf die Auslegung der Proceßordnung §. 653 der Kürze wegen auf meine Ausführung in den Annalen 1842. Nr. 47, 48. S. 355 folg. (über die Lehre von den Rechtsnachtheilen) insbesondere auf Abtheil. II. und III. zurückzuweisen.

Man darf namentlich auch nicht vergessen, daß nach einer jetzt als allgemein anerkannt zu betrachtenden Auslegung der Proceß-Ordnung (§. 291 u. s. w.) der Beklagte, welcher im gewöhnlichen Verfahren die Klagthatsachen beantwortet, (also das thut, was im unbedingten Mandatsproceß aus dem mehrerwähnten Grunde als schon im Voraus vorhanden angenommen wird) dabei aber unterläßt, etwaige Einreden vorzutragen, ja auch diese Einreden ganz, bezugsweise für diese Instanz, verliert, ohne daß ein förmlicher Ausschluß erfolgt, oder ein Ausschluß förmlich angedroht wurde, indem die Androhung in der Klagvorladung, welche ohnehin gemäß der Proceßordnung §. 254 öfters ganz wegfallen kann, nur auf den Fall des Nichterscheinens gerichtet ist, die dem Richter zur Pflicht gemachte Belehrung aber nicht als förmliche Androhung eines Rechtsnachtheils gelten kann, da sie nicht wesentlich nothwendig ist. (Proceßordnung §. 295. Gesetz über die künftige Gerichtsverfassung §. 20 Ziff. 2.)

Uebrigens wird ja dem Beklagten die Vollstreckung angedroht. Hierin steckt der Sache nach alles das, was im Gefolge der Vollstreckung liegt. Es liegt darin auch die Folge, daß der, Anfechtung vorbehaltlich, erlassene anticipirte Richterspruch nach Ablauf der Frist zum Vollzuge reif wird, somit als ein Urtheil wirkt und einem Urtheil gleich gerechnet wird, wie dieß Proceßordnung §. 946 ausdrücklich und ohne Beschränkung festsetzt. Bedarf es etwas mehr?

Hienach erscheint mir der aus Proceßordnung §. 653 abgeleitete Gegengrund nicht durchschlagend, und es dürften die obenangeführten Gründe zu Gunsten der strengeren Ansicht überwiegend zu erachten sein, jedenfalls insoweit als es sich um solche Einreden handelt, die nach §. 706 im unbedingten Mandatsproceß wirksam vorgebracht werden können.

Zum Schlusse ist noch der Weiler'schen Motive zu gedenken, welche ebenfalls für die gegentheilige Ansicht angeführt zu werden pflegen:

Betrachtet man Weilers Bemerkungen zum Tit. 33

der Proceßordnung so findet sich dort allerdings die Andeutung, daß der unbedingte Mandatsproceß dem gemeinen Rechte entlehnt wurde.

„Der unbedingte Mandatsproceß des gemeinen Rechtes — sagt Weiler im Eingang — findet seine vernunftgemäße Begründung überall, wo das Recht sogleich und ohne Vernehmung des Beklagten klar zu machen ist. In der Obergerichtsordnung kommt dieser Proceß in seiner sachgemäßen Gestaltung nicht vor."

Weiler betrachtet sodann die Bestimmungen der alten Obergerichtsordnung über den processus mandati und den processus instrumenti guarentigiati. Ersterer, von unserem jetzigen Mandatsproceß ganz verschieden, fand nach §. 106—117 bei eigenmächtigem Einschreiten des Fiscus oder der Patrimonialherrschaften, Letzterer, mehr unserem Executiv- und Wechselproceß entsprechend, nach §. 95—104 bei gerichtlichen Schuldverschreibungen u. bei Wechselbriefen Statt, während nach §. 105 bei gewöhnlichen Privathandschriften der processus instrumenti simplicis, eine alle und jede Einwendungen zulassende, mithin in der That wenig bevorzugte, Proceßart, eintrat.

„Die einzelnen Bestimmungen — fährt Weiler weiter unten fort — sind die gemeinrechtlichen über den Mandatsproceß, insbesondere über die Begründung der exceptio sub — et obreptionis (§. 706, 807, 714, 715)."

Aus diesen Andeutungen Weilers läßt sich schon an sich und namentlich bei dem Mangel fester Anhaltspunkte im gemeinen Recht und bei dem deßhalb vorkommenden Schwanken der Meinungen nichts Erhebliches gegen die hier vertheidigte Ansicht beweisen.

Aus §. 95, 100 und 103 der Obergerichtsordnung läßt sich, wie mich dünkt, ziemlich klar entnehmen, daß in Bezug auf den processus instrumenti guarentigiati unser früheres Recht keineswegs von der Ansicht ausging, als solle diese Proceßart ein blos vorläufiges, nur auf schnellen Zugriff gerichtetes Verfahren darstellen, daß es vielmehr annahm, es solle nur im Falle des Vorbehaltes der dem Beklagten zu Gebot stehenden, aber nicht sofort klar zu machenden Einwendungen die besondere Ausführung in einem Nachverfahren Statt finden.

An einem anderen Orte, in Weilers Motiven, zu Titel 31 am Ende findet sich ferner eine hieher einschlägige Stelle. Dort erklärt nämlich Weiler in Bezug auf die in §. 674 aufgezählten Abweichungen des abgekürzten Verfahrens überhaupt, übrigens, dem Inhalt seiner Gründe nach (auffallender Weise) in alleiniger Berücksichtigung der besonderen Arten des abgekürzten Verfahrens, um welche es sich doch zunächst gar nicht handelte, wörtlich Folgendes:

„Die Beweisanticipation konnte hier um so mehr zur Verbindlichkeit gemacht werden, weil bei den einzelnen Gegenständen dieses Verfahrens überall(?) dasjenige, was, und zum Theile auch, wie es bewiesen werden muß, vom Gesetze vorgeschrieben ist — wie im Arrest-, im Executiv-, im Mandats-, im Besitz-Proceß- u. s. w. — und ferner, weil in diesem Verfahren der Streitgegenstand seine definitive Erledigung nicht erhält, sondern die definitive Rechtserörterung weiterem Verfahren vorbehalten bleibt."

Die hier am Schlusse gemachte, allerdings allgemein lautende, Bemerkung ist nicht von der Art, daß sie ein wirksames Gewicht in die Schale der Gegengründe abgeben könnte. Abgesehen davon, daß diese ganze Stelle unverkennbar in mehr als einer Hinsicht dem Vorwurf der Ungenauigkeit, ja Unrichtigkeit nicht entgehen kann, und deßhalb überhaupt nur mit Vorsicht benützt werden darf, so erscheint die fragliche Bemerkung nur beiläufig am Schlusse hingeworfen, und überdieß in solcher Allgemeinheit; daß sie jedenfalls mehr oder weniger der Beschränkung bedürftig erachtet werden muß; die vorbehaltene definitive Erledigung oder Rechtserörterung aber, von welcher in jener Bemerkung die Rede ist, könnte immerhin auch so verstanden werden, daß dabei vorausgesetzt wird, der Beklagte habe das Nöthige einzuwenden nicht unterlassen und den Vorbehalt nachträglicher besonderer Ausführung erwirkt. Vor Allem aber kommt es darauf an, ob Weilers Privatansicht, die mit nichts belegt ist, irgend einen genügenden Anhaltspunkt im Gesetz selber findet und in dieser Beziehung scheint mir das Obengesagte entscheidend.

Nur bei der oben dargelegten Auffassung des Gesetzes scheint mir der unbedingte Mandats- und Executivproceß, verglichen mit den Vorschriften unseres badischen Rechtes über Beweis im abgekürzten Verfahren und über Zeugen- und Vermuthungsbeweis, einen, die Beibehaltung rechtfertigenden, erheblichen Werth für die mit Urkundenbeweis vollständig ausgerüsteten Kläger zu behaupten, da sie sonst nicht einmal den Vortheil baldigen

Zahlungsempfangs auf eine genügende Weise zu erreichen die Aussicht haben, weil der schlimme Schuldner nach der Proceßordnung §. 708, 793 durch Vortrag von weit aussehenden Einreden und Sicherheitsbegehren den Vortheil leicht vereiteln kann, und da dieselben dabei noch den Nachtheil genießen, statt Eines Processes zwei zu bekommen. Eduard Brauer.

II.

Entscheidungen französischer Gerichte in Wechselsachen. Mangelhafte Wechsel. Handelszettel.

Marcotte liquidirte in der Gant des Verdin-Gallimard

1) vierzehn Wechsel im Betrag von 7986 Franken, welche der Cridar in blanco indossirt hatte,
2) einen Wechsel von 2000 Fr., welchen der Cridar an eigene Ordre gezogen, aber nicht unterzeichnet, und ebenfalls in blanco indossirt hatte,
3) einen Wechsel von 1000 Fr. den der Cridar an Manoury (statt an Marcotte) indossirt hatte,
4) endlich sechs Wechsel im Betrag von 2151 Frank., welche wohl protestirt, deren Proteste aber dem Cridar nicht zur gehörigen Zeit (Art. 165) zugestellt worden waren.

Tassel-Godeau, ein Gläubiger, bestritt diese Liquidation wegen der angegebenen Mängel der Wechsel, denen Liquidant in der Art begegnete, daß er nachwies,

ad 1. daß er den Werth der Wechsel seiner Zeit dem Cridar bezahlt habe,

ad 2. daß der Mangel der Unterschrift nur auf einem Versehen beruhe, was auch der Cridar eingestand. Auch hier lieferte Liquidant den Beweis, daß er seiner Zeit den Werth an den Cridar bezahlt habe.

ad 3. daß der Name Manoury durch ein Versehen eines Commis statt Marcotte geschrieben wurde,

ad 4. daß der Cridar zur Ersparung der Kosten ihn ersucht habe, den Protest nicht zustellen zu lassen. (Diese Zustellung geschieht nämlich in Frankreich durch Akt des huissier).

Das Gericht erster Instanz ließ die Liquidation zu, und die Cour roy. de Paris bestätigte dieses Erkenntniß. Die hiergegen nachgesuchte Cassation wurde verworfen, 16. Juni 1846, wobei der Cassationshof hervorhob, daß es sich nur darum handle, ob Liquidant eine Forderung an den Cridar habe, was darum nicht bezweifelt werden könne, weil er diesem den Werth der Wechsel bezahlt habe.

Sirey, 1846. 1. 783—87.

Diese Entscheidung stimmt, was die Wirkung mangelhafter Indossamente betrifft, mit den Grundsätzen überein, welche der Cassationshof in vielen andern Fällen aufgestellt hat. Annalen 1847. Nr. 10. Was den nicht unterschriebenen Wechsel betrifft, so wurde die Unterschrift unter dem Indossament, wenigstens von dem Tribunal, als Ergänzung der fehlenden Unterschrift unter dem Wechsel angesehen. Der Cassationshof hat sich hierüber zwar nicht so bestimmt ausgesprochen, doch schien ihm hinreichend, daß der Cridar anerkannte, daß dieser Mangel nur auf einem Versehen beruhe. Wollte man übrigens annehmen, der Wechsel habe wegen Mangel der Unterschrift gar keinen Werth, so würde die Forderung des Marcotte nur um so begründeter erscheinen, indem er dann den Werth sine causa bezahlt hätte, also denselben zurückforden könnte. Art. 1235. Nach gleichen Grundsätzen ist das irrthümlich auf den Namen Manoury gestellte Indossament zu beurtheilen. Ueber den vierten Punkt kann gar kein Zweifel obwalten, da man ja sogar durch die Clausel „sans frais" („ohne Kosten") von dem Protest überhaupt dispensiren kann. Um diese Entscheidung gehörig würdigen zu können, muß man sich vergegenwärtigen, daß es sich hier nicht um die Frage, ob die Wechsel, als solche, gültig seien, handelte, sondern ob die Forderung des Marcotte begründet sei? Ein Wechsel hat, abgesehen von dem Forderungsrecht, das dadurch begründet wird, gewisse eigenthümliche Wirkungen, z. B. alle Wechsel gehören zur Competenz der Handelsgerichte, sie ziehen den persönlichen Verhaft nach sich, alle Aussteller, Indossanten, Bürgen sind sammtverbindlich u. s. w. Wenn es sich um diese Fragen handelt, sind die französischen Gerichte sehr streng; es lassen sich unzählige Urtheile anführen, aus denen hervorgeht, daß den mangelhaften Wechseln jene Wirkungen versagt werden.

vergl. Dictionnaire du droit comm. Lettre de change. Nr. 47 — 114.

Diese Urtheile können aber leicht mißverstanden werden; man könnte sich verleiten lassen, zu glauben, das Forderungsrecht aus dem Wechsel sei verworfen, weil

die Klage vom Handelsgericht abgewiesen, oder ein günstiges Urtheil von der Cour royale reformirt, oder vom Cassationshof cassirt wurde. Daher mag es kommen, daß man bei uns z. B. annimmt, die s. g. Platz-Tratten, nämlich Wechsel, die an demselben Ort, wo sie gezogen, auch zahlbar sind, erzeugen keine klagbare Verbindlichkeit. — Das ist ein Irrthum. Pardessus sagt Nr. 462 ausdrücklich, ein solcher Wechsel gelte als promesse, que cette valeur sera delivrée par le tiers indiqué, ou que l'auteur de cet ordre la delivrera luimême. So hat auch die Cour roy. de Bruxelles den 21. Juli 1819 entschieden.

Daloz, Récueil alphab. Effets de commerce. Sect. 1. Art. 1. §. 1. Note 2.:

ferner die Cour roy. de Lyon den 21. Juni 1826.

Sirey 1827. II. 256.

Selbst der Mangel des Datums hat nicht die absolute Nichtigkeit des Wechsels zur Folge, wie die Cour roy. de Nismes vom 5. Juli 1819, der Cassationshof den 12. April 1821 entschieden hat.

Sirey 1819. II. 294. und 1821. I. 168.

Daloz, l. c. §. 2.

Merlin, Répertoire. Lettre de change. §. 2.

Wenn die Zahlungszeit in einem Wechsel unbestimmt z. B. nach dem Tod des A. ausgedrückt ist, so gilt diese Urkunde als simple promesse.

Cour roy. de Toulouse, den 6. Januar 1837.

Sirey, 1837. II. 239.

Wenn ein Wechsel nicht auf Verfügung gestellt ist, so ist er nach der Ansicht von Locré. Esprit du code de C. ad art. 110 immerhin als Anweisung gültig. *Daloz*, l. c. §. 7 sagt ausdrücklich, ein solcher Wechsel verpflichte den Aussteller sowie den Acceptanten.

Ziemlich allgemein verbreitet ist die Ansicht, daß ein Wechsel, der die Art, wie der Werth berichtigt wurde, nicht enthält z. B. Werth erhalten, Werth verstanden, Werth gewechselt, u. s. w. überhaupt kein Forderungsrecht begründe. So wurde Fr. W. Jäger, der einen solchen Wechsel in der Gant des Handelsmann Kleb liquidirte, in allen drei Instanzen abgewiesen.

s. Annalen 1843. S. 181.

Das stimmt in keiner Beziehung mit der Praxis der französischen Gerichte überein. Der Cassationshof hat den 30. August 1826 entschieden, daß der Beweis, wie der Werth berichtigt wurde, zulässig sei. *Sirey* 1827. I. 155. Die Cour roy. de Toulouse hat den 28. Mai 1825 entschieden, daß ein solcher Wechsel verbindlich sei, und der Unterzeichner, wenn ein Handelsmann, sogar vor den Handelsgerichten belangt werden könne. *Sirey* 1825. II. 308. Derselbe Gerichtshof hat den 4. Juni 1825 entschieden, ein solcher Wechsel gelte als Vollmacht für den Remittenten zur Indossirung. *Sirey* 1825. II. 308. Ebenso hat die Cour roy d'Aix den 29. April 1844 entschieden, und den Aussteller, als Vollmachtgeber, weil der Wechsel vom Bezogenen nicht bezahlt und daher protestirt wurde, verurtheilt zur Zahlung des Wechsels, der Protestkosten und Retourspesen.

Sirey 1845. II. 115.

In einem Urtheil der Cour roy. de Nancy vom 5. April 1845 ist ausgeführt, daß ein solcher Wechsel zwar nicht die Vorzüge genieße, welche das Gesetz den Wechseln überhaupt beilege, daß er vielmehr als simple promesse civile anzusehen sei *Sirey* 1845. II. 657. Aus der Note 2., mit welcher Devilleneuve das Urtheil des Gerichtshofs von Aix begleitet (*Sirey* 1845. II. 115) wird man sich vollständig überzeugen, daß es bei den Franzosen nie zweifelhaft war, daß ein solcher Wechsel überhaupt eine Verbindlichkeit erzeuge; die bestrittene Frage war nur immer diese, ob ein solcher Wechsel als Handelssache anzusehen sei, ob er daher zur Competenz der Handelsgerichte gehöre, und ob die contrainte par corps dabei statt finde? Pardessus Nr. 463 sagt ebenfalls, daß ein Wechsel, der einen mangelhaften Werth-Ausdruck enthalte, doch eine Verbindlichkeit, je nach seinem Inhalt, erzeuge; doch scheint er die Ergänzung des Beweises durch andere Beweismittel nicht zulassen zu wollen. vergl. aber Art. 1132. Der Cassationshof hat diese Ergänzung in dem oben angeführten Urtheil vom 30. August 1826 zugelassen; ebenso das Großherzogliche Oberhofgericht in der Sache Mayer gegen Hoffmann.

s. Annalen 1841. S. 64.

Pardessus handelt Nr. 464—68 von mangelhaften Wechseln überhaupt, und nimmt an, diese könnten wie die regelmäßigen Wechsel indossirt werden; im Fall der Nichtzahlung finde die Rückgriffsklage (action en garantie) unter denselben Voraussetzungen und in denselben Fristen statt, wie bei den regelmäßigen Wechseln. Der Bezogene, der eine solche Urkunde angenommen habe,

hafte in gleicher Weise wie bei Wechseln, u. s. w. Nur als Handelssache könnten diese Urkunden nicht betrachtet werden, wenn ihnen nicht etwa ein Handelsgeschäft zu Grund liege. Darum sei auch die Competenz des Handelsgerichts in der Regel nicht begründet. Bei den Franzosen knüpft sich hieran das besondere Interesse, daß die körperliche Haft in allen Handelssachen (nicht blos, wie bei uns, für Wechsel) statt findet. Loi du 17 avril 1832. (bei Rouguier Nr. 220.) Alle gezogenen Wechsel gelten nach dem code de Commerce Art. 632 als Handelssachen und darum allein findet die körperliche Haft statt. Wird aber ein Wechsel für simple promesse, oder obligation civile erklärt, so fällt auch die körperliche Haft weg. Werden bei uns die Handelsgerichte eingeführt, so kann auch die Frage entstehen, ob ein mangelhafter Wechsel als Handelssache gelte und vor die Handelsgerichte gehöre? Aber unsere Civilgerichte sollten sich endlich überzeugen, daß man die Klagen aus mangelhaften Wechseln nicht geradezu abweisen kann, ohne sich der größten Ungerechtigkeit schuldig zu machen. Wechsel sind ja, wie andere Urkunden, nur Beweismittel für ein Rechtsgeschäft, welches unter den Parthieen stattfand. Ist das Beweismittel mangelhaft, so ist darum das Rechtsgeschäft nicht nichtig. Wenn Jemand einen mangelhaften Wechsel ausstellt und den Betrag dafür einnimmt, der Wechsel aber vom Bezogenen nicht honorirt wird, so würde der Aussteller, wollte er den Betrag nicht zurückerstatten, sich auf Kosten des Andern bereichern. Seine Weigerung der Rückerstattung erscheint sogar als dolus, der doch von den Gerichten nie begünstigt werden kann. Stabel hat in einem Aufsatz Nr. 8 der Annalen des vorigen Jahrgangs so trefflich ausgeführt, wie Schutz des materiellen Rechts der eigentliche Beruf der Rechtswissenschaft sey, und sie nur dann ihren Höhepunkt erreiche, wenn sie den Anforderungen der Gerechtigkeit (des natürlichen Rechtsgefühls) zum Sieg verhelfe. Leider hört man aber nur zu häufig die Klage, daß die Juristen das Recht der Form opfern, und dem Gesetz zu gehorchen glauben, wenn sie Unrecht thun. Und dennoch thut man gerade darin dem Gesetz Unrecht, wenn man ihm zur Last legt, was häufig nur Folge einer unrichtigen Auffassung ist. Einen Beweis hiefür bieten die Abweisungen der Klagen aus mangelhaften Wechseln, die gar nicht so selten vorkommen. Ich finde diese um so weniger in unserm Gesetz begründet, als dieses solche Wechsel, welche unrichtige Angaben des Orts der Ausstellung u. s. w. enthalten, oder welche von Frauen, die nicht Handelsfrauen sind, ausgestellt wurden, für handschriftliche Verbindlichkeiten (simples promesses) erklärt, Art 112 und 113; ferner Wechsel, die nicht an Ordre gestellt oder von Staatsdienern unterschrieben sind, als Handelszettel gelten läßt, Art. 195, 186 a. c. (s. auch 186 a. b.), endlich auch bei Handelszetteln überhaupt gar nicht die Angabe der Rechtsursache (valuta) verlangt, Art. 192, vielmehr in Art. 198 ausdrücklich vorschreibt, daß sie auch ohne Angabe der Valuta bezahlt werden müssen, vorbehaltlich des Rückgriffs einer zur Ungebühr geschehenen Zahlung. Da nun Handelszettel ebenfalls unaufgehaltenen Zugriff auf das Gut geben, Art. 190, das heißt wohl, den Executivproceß begründen, Proceßordnung §. 741, so läßt sich unserer Gesetzgebung gewiß eher der Vorwurf zu großer Nachsicht, als zu herber Strenge machen, und es bleibt nur der Wissenschaft vorbehalten, die Art. 194 und 196 mit dem übrigen Rechtssystem in Einklang zu bringen. Hiernach sind Handelszettel nur Vollmachten, die Indossamente derselben aber Afterbevollmächtigungen; die Indossanten sollen gegen einander zu Nichts, gegen den Aussteller aber nur dazu verbindlich werden, daß sie den angewiesenen Betrag zur rechten Zeit erheben oder ihm den Zettel zurückschicken. Man könnte demnach versucht sein, zu glauben, daß, sobald ein Wechsel wegen irgend eines Mangels nur als Handelszettel gelten kann, jede Verbindlichkeit unter den Betheiligten aufhöre, und keine Klage daraus angestellt werden könne. Es ist aber zu berücksichtigen:

1) daß nach Art. 198 Handelszettel, auf sich selbst gestellt, von dem Aussteller bezahlt werden müssen. Alle eigenen oder auf sich selbst gezogenen Wechsel, welche entweder die Angabe der Valuta gar nicht oder nicht vollständig enthalten, oder welche nicht an Ordre gestellt sind, können daher als Handelszettel gegen den Aussteller, sogar im Executivproceß, eingeklagt werden. Man darf auch wohl unterstellen, daß die Indossirung dieser Handelszettel als Eigenthumsübertrag (Cession) wirke, weil dies überhaupt die gesetzliche Wirkung der Indossamente ist.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 23. Karlsruhe, den 5. Juni 1847.

I.

Entscheidungen französischer Gerichte in Wechselsachen.
(Schluß.)

Die Ausnahme des Art. 196 kann auf diese Handelszettel nicht ausgedehnt werden, weil dort nur von Uebertragung einer Vollmacht gehandelt wird, während hier von einer wirklichen Forderung die Rede ist. Man wird ferner annehmen dürfen, daß die Indossanten dieser Handelszettel für die Zahlung solidarisch verhaftet sind, weil gerade dieses die den Indossamenten eigenthümliche Wirkung ist, und daher derjenige, welcher sich bei Uebertragung einer Forderung dieser Form bedient, auch den eigenthümlichen Folgen derselben sich unterworfen zu haben scheint. Unter den Kaufleuten wenigstens ist diese Ansicht vorherrschend, und man wird daher nach Art. 1156, 1158 und 1160 berechtigt sein, dem Indossament diesen Sinn beizulegen. Will aber der Inhaber diese solidarische Haft der Indossanten in Anspruch nehmen, so wird er auch die Bedingungen erfüllen müssen, unter denen sie bei Wechseln stattfindet, d. h. er wird protestiren und die Rückgriffsklage in den gesetzlichen Fristen anstellen müssen. Der Aussteller dagegen haftet unbedingt, und wird auch nicht die fünfjährige Verjährung geltend machen können. Persönlicher Verhaft findet natürlich nicht Statt, eben so wenig der in Art. 172 gestattete Arrest.

2) Aus der Fassung des Art. 190, welcher aus Handelszetteln unaufgehaltenen Zugriff auf das Gut dessen, der dadurch Schuldner wird, gestattet, muß man wohl schließen, daß das Gesetz Fälle voraussetzt, in welchen aus Handelszetteln Verbindlichkeiten erzeugt werden. Da nun nach Art. 194 und 196 Aussteller und Indossanten bei Handelszetteln auf benannte Personen nicht verbindlich werden, so bleibt nur noch die benannte Person selbst (der Bezogene), welche sich mittelst des Handelszettels verbindlich machen kann, wenn sie nämlich den in dem Zettel enthaltenen Auftrag zur Zahlung desselben angenommen hat. Dies entspricht auch den allgemeinen Vorschriften vom Auftrag, Art. 1985. Wer demnach einen Handelszettel annimmt (acceptirt), macht sich zu dessen Zahlung verbindlich. Wenn nun ein Wechsel wegen irgend eines Mangels, z. B. weil die Valuta nicht ausgedrückt ist, nur als Handelszettel angesehen würde, so wird der Acceptant diesen Mangel nicht geltend machen können, sondern dennoch zur Zahlung zu verurtheilen sein.

3) Aussteller und Indossanten sollen dagegen durch Handelszettel auf benannte Personen nicht verbindlich werden, Art. 194 und 196. Wie aber, wenn der Aussteller die Valuta empfangen hat und der Bezogene den Zettel nicht zahlen will? Soll der Aussteller die empfangene Valuta behalten dürfen und der Inhaber des Zettels kein Rückforderungsrecht haben? Unmöglich kann eine solche Ungerechtigkeit in einem vernünftigen Gesetzbuch begründet sein; auch das unsrige ist weit davon entfernt, diesen Vorwurf zu verdienen. Es setzt das Verhältniß fest, in welchem der Aussteller eines solchen Zettels zu dem Remittenten, dieser zu dem Indossatar ꝛc. steht. Der Eine ist Vollmachtgeber, der Andere sein Bevollmächtigter, der Handelszettel ist die Vollmacht. Auf dieses Verhältniß sind daher die Art. 1984—2010 des Civilgesetzbuchs anwendbar. Wenn der Gewalthaber Auslagen macht, muß sie der Gewaltgeber ersetzen, Art. 1999; sollte diese Vorschrift nicht gerade in unserm Fall Platz greifen, da die für den Handelszettel hingegebene Valuta nichts Anderes als ein Vorschuß sein kann, den der Bevollmächtigte in der Voraussetzung, den Betrag bei dem Bezogenen wieder zu erhalten, gemacht hat? Brauer ad art. 190, Nr. 2 (IV. 525). Der Aussteller wird daher nicht allein die empfangene Valuta zurückzahlen, sondern diese auch

verzinsen, und die übrigen Auslagen, wie Protestkosten, Porti u. s. w., ersetzen müssen, Art. 2000 und 2001. In dem gleichen Verhältniß steht jeder Indossant zu seinem Indossatar. In dieser Weise kann wenigstens jeder Einzelne gegen seinen Vormann klagen; kann er aber auch gegen einen frühern Indossanten klagen? Allerdings, indem er die Rechte seines Schuldners ausübt, Art. 1166. Er muß sich dann aber auch die Einreden gefallen lassen, die seinem Schuldner entgegenstehen. Bei diesen Rückforderungsklagen werden die Fristen, welche Art. 197 festsetzt, eingehalten werden müssen.

Wenn ein Handelszettel auf eine benannte Person zur Zahlung einer bestandenen Schuld ausgestellt oder indossirt wird, so deutet schon Art. 196 an, daß das Verhältniß ein anderes ist; es sind dann die Art. 2010, g. h. i. anwendbar, d. h. wenn der Bezogene nicht zahlt, lebt die alte Schuld wieder auf. Wird ein Handelszettel dem Geber von dem Nehmer in Rechnung gutgeschrieben, so darf er, wenn er vom Bezogenen nicht bezahlt wird, in Rechnung wieder belastet werden. Das kann nach der bisherigen Ausführung keinem Zweifel unterliegen.

4) Es ist schon häufig die Frage aufgeworfen worden, ob der Inhaber eines Hangelszettels gegen den Bezogenen, der acceptirt hatte, klagen könne? Diese Frage erscheint darum zweifelhaft, weil Art. 2010 l. den Inhaber einer Anweisung nicht für befugt erklärt, die angewiesene Forderung auszuklagen. Ich sollte glauben, daß es hierbei darauf ankommt, ob der Handelszettel auf Umlauf (an die Ordre des Remittenten) gestellt ist, wie dieses in Art. 191 gestattet wird. Denn in diesem Fall gestattet sowohl der Aussteller, daß der Zettel indossirt werde, wie auch der Bezogene, welcher acceptirt, sich durch seine Annahme verbindlich macht, an den Indossatar zu zahlen. Man könnte übrigens noch weiter gehen und bei allen Handelszetteln dem Inhaber die Klage gegen den Bezogenen gestatten, weil Art. 197 festsetzt, daß der Inhaber, der die Fristen zum Rückgriff versäumt hat, sich nur an den angewiesenen Schuldner halten könne; das Gesetz muß daher voraussetzen, daß eine solche Klage gegen diesen dem Inhaber zustehe.

5) Muß bei Handelszetteln die Vorschrift des Art. 1326 beobachtet werden? Sander verneint diese Frage in einem größern Aufsatz in den Annalen von 1835, Nr. 37, S. 219. Er führt für diese Ansicht an, daß Art. 192 die Requisite der Handelszettel vollständig aufzähle, ohne den Beisatz „gut für ..." zu verlangen. Dieser Grund scheint mir ausreichend, und ich habe in Nr. 3 der Annalen dieses Jahrgangs aus dem nämlichen Grund die Ansicht vertheidigt, daß die Vorschrift des Art. 1326 weder auf gezogene, noch auf eigene Wechsel anwendbar sei. Sander geht aber zur Vertheidigung seiner Ansicht weiter, und bestreitet die Anwendbarkeit des Civilgesetzbuchs auf Handelssachen überhaupt, was weder die Theorie, noch die Praxis bisher zugegeben hat. Darin wird man ihm aber beistimmen, daß für Handelssachen zunächst das Handelsgesetzbuch und dessen Analogieen entscheiden (Art. 1 b.), daß daher bei einem Widerstreit zwischen dem Civilgesetzbuch und den Analogieen des Handelsgesetzbuchs diesen der Vorzug gebührt.

6) Wenn der Inhaber eines Handelszettels die in Art. 197 bestimmte Frist zur Rücksendung desselben an den Aussteller versäumt, so wird er Eigenthümer der Forderung und Schuldner des Ausstellers, und kann sich allein an den angewiesenen Schuldner halten. Diese Bestimmung ist eine Nachbildung des Art. 170; jedoch ist dabei übersehen, daß nach diesem Artikel der Aussteller, der die Versäumung der Fristen für sich geltend machen will, beweisen muß, daß der Bezogene Deckung hatte — sonst würde er sich auf Kosten des säumigen Wechselinhabers bereichern. Wiewohl nun Art. 197 diesen Beweis nicht ausdrücklich verlangt, so läßt sich doch aus dem Wortlaute desselben schließen, daß dabei unterstellt wird, der Aussteller des Handelszettels habe eine Forderung an den Bezogenen. Denn er nennt diesen den angewiesenen Schuldner, er sagt ferner, der Inhaber soll Eigenthümer der angewiesenen Forderung werden. Wenn aber der Aussteller keine Forderung an den Bezogenen hat, dieser mithin nicht gedeckt war, so fällt die ganze Voraussetzung des Art. 197 weg, und der Aussteller wird trotz der versäumten Fristen schuldig sein, das Empfangene wieder herauszugeben. Nicht so die Indossanten. Für diese spricht sowohl die Analogie der Art. 168 und 169, wie auch der Umstand, daß sie sich nicht auf Kosten Anderer bereichern können, weil, wenn sie auch bei Abgabe des Handelszettels den Werth erhalten haben, sie ihrem Vormann den gleichen Betrag entweder bezahlen, oder ihm Rechnung darüber tragen müßten.

Hieraus mag man entnehmen, daß, wenn ein Wechsel

wegen seiner Mängel nur als Handelszettel zugelassen wird, dennoch ein Klagrecht daraus abgeleitet werden kann. Sollte aber in einem einzelnen Fall eine solche Urkunde nicht einmal als Handelszettel angesehen werden können, so ist dadurch das Forderungsrecht an sich nicht erloschen und kann vielmehr mittelst der condictio sine caussa, oder caussa data, caussa non secuta geltend gemacht werden, wie ich in den Annalen von 1843, S. 181—183 nachzuweisen versucht habe. Dr. Ladenburg.

II.

Eine Widmung kann nur da stattfinden, wo der Eigenthümer zweier abgetheilten Grundstücke eines derselben mittelst einer offenen Anlage zum Vortheil des andern benützt, nicht aber da, wo auf einem nicht abgetheilten Grundstücke Einrichtungen getroffen werden, welche ihrer äußeren Anlage nach auch zum Vortheile eines Theiles desselben gemacht wurden.

Sch. Hekle besaß ein Haus zu Eigenthum, an welchem eine Dachrinne angebracht war, um mittelst derselben das Regenwasser gegen die nördliche Seite des Hauses hin auf den Allmendweg abzuleiten. Dieses Haus erwarben am 12. October 1839 S. Maier und J. Motsch, welche dasselbe sofort von der Höhe nach der Tiefe in zwei Hälften der Art theilten, daß Motsch den südlichen, Maier dagegen den nördlichen Theil des Hauses als alleiniges Eigenthum erhielt. Letzterer entfernte im Jahre 1844 die Dachrinne, soweit sie innerhalb der Grenze seines Eigenthums sich befand. Dieses hatte zur Folge, daß das Wasser von dem Dache des Motsch nicht mehr auf den Allmendweg, sondern bald auf seinen eigenen Grund und Boden, bald auf jenen des Maier abfloß, je nachdem der Wind von Norden oder Süden herkam. Maier erhob deßhalb eine Klage, nach welcher er begehrte, daß Motsch angehalten werden solle, die Dachtraufe an seinem Hause so einzurichten, daß das Regenwasser auf seinen eigenen Grund und Boden oder auf die öffentliche Straße abfließe. Motsch behauptete nun zwar nicht, daß er ein Dienstbarkeitsrecht besitze, welches ihn berechtige, das Dachtraufwasser von seinem Hausantheile auf den eigenen Grund und Boden des Maier abzuleiten. Dagegen nahm er widerklagend das Recht in Anspruch, das fragliche Dachtraufwasser, wie dieses früherhin geschah, als das Haus noch ungetheilt im Eigenthum der Sch. Hekle sich befand, durch eine am Dache des Maier'schen Hausantheils wiederherzustellende Rinne auf den Allmendweg, an welchen dasselbe angrenzt, abzuleiten. Er stützte jedoch das von ihm angesprochene Dienstbarkeitsrecht lediglich auf den Titel der Widmung, indem er behauptete, daß von der Erbauung des Hauses an bis zum Jahre 1844 am Dache des ganzen Hauses eine blecherne Dachrinne befindlich gewesen sei, durch welche das Regenwasser auf den Allmendweg abgeflossen.

Der Unterrichter nahm an, daß hier eine Widmung eingetreten sei, er wies daher den Maier mit seiner Vorklage ab und erkannte nach dem Begehren der Widerklage des Motsch dahin: „es stehe dem beklagten Widerkläger als Besitzer des Hausantheils das Recht zu, das Regenwasser von seinem Dach mittelst einer Dachrinne auf den Allmendweg abzuleiten und es sei daher der Kläger Widerbeklagte schuldig, die Dachrinne an dem Dache seines Hausantheils, wie sie früher bestanden habe, wieder herzustellen."

Dieser Bescheid wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises durch Urtheil vom 18. Sept. 1845 dahin abgeändert, daß der Beklagte Widerkläger unter Verwerfung seiner Widerklage nicht berechtiget sei, seine Dachtraufe in das Eigenthum des Klägers zu leiten, vielmehr schuldig sei, die an seinem Hausantheil herabfallende Dachtraufe auf eigenen Grund und Boden, oder auf Allmendgut abzuleiten.

Die Entscheidungsgründe besagen:

In Erwägung, daß die Theilung eines Gebäudes in zwei Hälften von der Höhe nach der Tiefe, wie solche im vorliegenden Falle stattgefunden, zur natürlichen Folge hat, daß auch alle einzelnen Bestandtheile und Zugehörden des Hauses, die von der Scheidelinie berührt werden, als getheilt zu betrachten sind, soweit sie nach den gesetzlichen Regeln über die Theilbarkeit der Sachen physisch getheilt werden können;

In Erwägung, daß die in Frage stehende Dachrinne an sich unzweifelhaft theilbar ist und daher die Scheidelinie für das Eigenthum am Hause überhaupt, auch die Grenze für das Eigenthum an der Dachrinne bildet;

In Erwägung, daß hiernach der Kläger, soweit er die Dachrinne innerhalb seiner Grenze des Eigenthums weggeschafft hat, eine in dem Eigenthumsrecht liegende Handlung vorgenommen und daher seinen Nachbar juristisch nicht beschädiget hat;

In Erwägung, daß nach Art. 681 des Landrechts auch das Begehren des Klägers hinsichtlich der Aufnahme der Dachtraufe von des Beklagten Hausantheil auf dessen eigenen Grund und Boden als begründet erscheint, so lange nicht letzterer eine Dienstgerechtigkeit zur Ableitung des Wassers auf den Boden des Klägers oder über denselben nachzuweisen vermag.

In Erwägung, daß der Beklagte das Dasein einer solchen Dienstbarkeit behauptet, und vermöge derselben berechtiget sein will, die Fortdauer des früheren Zustandes, wornach die Dachrinne — ein Ganzes bildend — das Regenwasser vom ganzen Dache aufnahm und nach der klägerischen Seite hin auf Allmendgut ableitete, zu verlangen und somit die Theilung derselben in zwei Hälften zu hindern oder doch die Aufnahme seines Regenwassers zu begehren;

In Erwägung, daß zur Begründung dieser Servitut nur die Thatsache des eben angeführten, vor der Theilung vorhanden gewesenen Zustandes der Dachrinne geltend gemacht und darauf der Rechtstitel der Widmung gebaut wird.

Nach Ansicht der Landrechtsätze 686 und 693 und in Erwägung, daß hiernach eine Widmung nur dann angenommen werden kann, wenn

1) der Eigenthümer einer Liegenschaft den einen Theil des in seiner Hand befindlichen Gutes in irgend einer Beziehung zum Vortheil des andern Theils in der Weise benützt hat, wie dieses bei Grundstücken verschiedener Eigenthümer nur in Form einer Dienstbarkeit vorkommen kann, und wenn dabei
2) eine äußere Vorrichtung existirt, durch deren Beschaffenheit Absicht und Zweck eines solchen Gebrauchs Jedem in die Augen springt, wohin aber
3) der Fall nicht zu rechnen ist, wenn einzelne Bestandtheile eines Ganzen diesem Ganzen zum Vortheil gereichen, ohne daß ein Theil der Liegenschaft dadurch als das allein beschwerte Object erscheint, wie z. B. da, wo die Hausthüre das Mittel bildet, um in alle einzelnen Theile des Gebäudes zu gelangen, indem hier nicht behauptet werden kann, daß jedes einzelne Gemach des Hauses durch Widmung eine Dienstbarkeit auf das Fortbestehen der Hausthüre erlangt habe;

In Erwägung, daß in vorliegendem Falle nach der eigenen Angabe des Beklagten die Dachtraufe durch die am Hause befindliche Rinne nicht auf einen bestimmten Theil des zum Hause gehörigen Grund und Bodens geleitet wurde, so daß dieser Theil als mit der Last der Aufnahme des Regenwassers beschwert erachtet werden könnte, vielmehr die Ableitung auf Allmendboden geschah, somit für eine derartige Servitut ein dienstbares Object überall nicht vorhanden ist;

In Erwägung, daß aus der sehr natürlichen Handlungsweise des früheren Besitzers, welcher für das ganze Dach nur eine Rinne anbringen und durch diese das Wasser vom ganzen Dache sammeln und ablaufen ließ, durchaus nicht die Absicht zu erkennen ist, den einen Theil des Hauses in irgend einer Weise dem andern dienstbar zu machen, und daß der Landrechtsatz 693 keineswegs allgemein besagen will, es müsse jeder vor der Theilung vorhandene sichtbare Zustand des Ganzen auch nach der Theilung fortbestehen, daß er vielmehr die Fortdauer auf den Fall beschränkt, wenn in obiger Weise die Kennzeichen einer Servitut vorliegen;

In Erwägung, daß hiernach das Vorhandensein einer Widmung um so weniger anzunehmen ist, als gegen die Beschränkung des Eigenthums überhaupt die Vermuthung streitet.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen erkannt.

Das Gr. Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Erkenntniß durch Urtheil vom 29. Januar d. J. In den Motiven hiezu ist gesagt:

Der von dem Kläger Widerbeklagten zugegebene frühere Zustand kann das angesprochene Dienstbarkeitsrecht des Beklagten Widerklägers nicht begründen; wenn nämlich auch nach Landrechtsatz 692 bei selbstständigen offenen Dienstbarkeiten die Widmung, welche der Eigenthümer seiner Sache gibt, für einen Titel gilt, und wenn gleich nach Landrechtsatz 694 da, wo auf zweien Grundstücken eines und desselben Eigenthümers sich ein sichtbares Merkmal einer Dienstbarkeit befindet, und nun Eines derselben veräußert wird, ohne daß der Vertrag eine Uebereinkunft über diese Dienstbarkeit enthält, die Fortdauer desselben

angenommen werden soll, — so fehlt es doch hier an dem ersten Erforderniß einer Widmung, nämlich daran, daß die beiden Haustheile, welche jetzt abgetheilte Grundstücke sind, sich schon vor ihrer Veräußerung als solche in dem Eigenthum eines Eigenthümers befanden. Da Grunddienstbarkeiten, zu welchen die streitige gehört, nach Landrechtsatz 637 nur solche Lasten sind, die einem Grundstücke zum Gebrauche und Vortheil eines fremden Grundstückes aufliegen, so muß stets ein berechtigtes und ein belastetes Grundstück vorhanden sein.

Eine Widmung kann daher auch nur da stattfinden, wo der Eigenthümer zweier Grundstücke eines derselben mittelst einer offenen Anlage zum Vortheil des andern benutzt, weil sich nur hierbei die Absicht desselben erkennen läßt, die das Gesetz bei der Widmung unterstellt.

Denn wo auf einem nicht abgetheilten Grundstücke Einrichtungen getroffen werden, welche ihrer äußeren Anlage nach auch zum Vortheile eines Theiles desselben gemacht wurden, so erscheint doch dieser Theil immer nur als ein Bestandtheil des Ganzen, und es läßt sich daher nicht annehmen, daß der Eigenthümer des ganzen Grundstückes, so lange er dieses nicht selbst abtheilte und abgetheilt benutzte, einen Theil zum Vortheil des andern belasten wollte.

Da nun das Haus, das jetzt die streitenden Theile besitzen, ehe es abgetheilt in ihr Eigenthum übergieng, als ein ganzes im Eigenthum ihrer Rechtsvorfahrer sich befand, so kann von einer Widmung, die aus einer damals bestandenen Einrichtung abgeleitet werden will, nicht die Rede sein, und es bedarf daher der Prüfung der weiteren Frage nicht, ob diese Einrichtung von der Art war, daß man annehmen könnte, sie sei ganz besonders zum Vortheil des jetzigen Hausantheils des Beklagten Widerklägers getroffen worden. Die von Letzterem gegen das hofgerichtliche Erkenntniß aufgestellte Beschwerde erscheint hiernach als unbegründet.

Haager.

III.

Haben Körperschaften die Rechte der Minderjährigen, hinsichtlich der Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile? Proceßordnung §. 1254, 1265.

Eine Kirchspielsgemeinde erhob eine Wiederherstellungsklage gegen ein zu ihrem Nachtheil schon im Jahr 1839 ergangenes, in Rechtskraft erwachsenes Urtheil (Versäumungsurtheil) und stützte solches auf Proceßordn. §. 1254 und 1265, weil hiernach Minderjährige, deren Rechte von ihren Vertretern nicht gehörig oder, wie im vorliegenden Fall, gar nicht vertheidigt worden seien, gegen nachtheilige Urtheile (selbst Versäumungsurtheile, §. 1265) Wiederherstellung, sowohl während ihrer Minderjährigkeit, als noch vier Jahre nach erlangter Großjährigkeit fordern könnten, Kirchspielsgemeinden aber nach dem II. Constitutionsedict von 1807, §. 11, welches durch das I. Einführungsedict von 1809, §. 18 in Kraft erhalten worden sei, die Rechte der Minderjährigen genößen, ihnen daher, als stets minderjährig bleibend, diese Wiederherstellungsklage fortwährend oder doch 30 Jahre lang zustehen müsse.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises, II. Senat, verwarf jedoch diese Wiederherstellungsklage, indem es von folgenden Betrachtungen ausgieng:

Durch das I. Einführungsedict §. 18 wurden zwar die Constitutionsedicte von 1807, auch so weit sie auf Gegenstände des bürgerlichen Rechts Bezug haben, in Kraft erhalten, allein ihre Anwendung soll nur so geschehen, wie es die landrechtliche Gesetzgebung gestattet und so weit sie ohne Nachtheil einer bestimmt und durch sich allein entscheidenden Verfügung derselben geschehen kann.

Das Landrecht hat nun bereits im S. 2227 hinsichtlich der verschiedenen Arten von Verjährungen, wohin auch die Verjährung der civilrechtlichen Wiederherstellungen des L.R.S. 1304 gehört, die Gemeinden und öffentlichen Anstalten jeder Art den Großjährigen gleichgestellt (Brauer, B. IV., S. 286, V., S. 392) und schon mit dem Geiste dieses Gesetzes wäre es nicht vereinbar, wenn man hinsichtlich der Fristen für Wiederherstellungsklagen, die keine größere Begünstigung als Verjährungen verdienen, diese Gleichstellung nicht annehmen wollte: denn wenn hiernach manche Hauptklagen der Körperschaften in wenig Jahren verjähren würden, wäre es doch ein Widerspruch, wenn wegen derselben Sache eine Wiederherstellungsklage unendliche Zeit fortdauern sollte.

Durch die Proceßordnung ist aber diese Gleichstellung der Körperschaften mit Großjährigen noch mehr außer Zweifel gesetzt worden. Wie nämlich die Proceßordnung

als umfassendes Gesetz alle bürgerlich-processualischen Verhältnisse ordnen wollte, so sollte insbesondere der letzte Titel erschöpfende Normen über die Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile enthalten und zwar nicht bloß über das Verfahren, sondern auch über die Berechtigung zu den verschiedenen Arten von Wiederherstellung, indem diese mit den besondern Verhältnissen der Personen genau zusammenhängen. Demgemäß wurden zuerst in §. 1252 und 1253 Grundsätze, über die sowohl Groß-, als Minderjährigen zustehenden Wiederherstellungen, sodann in §. 1254 ff. noch besondere Bestimmungen für Minderjährige und Entmündigte aufgestellt. Diese letztgedachten Bestimmungen aber, welche die Dauer der Wiederherstellungsfrist nach Eintritt der Großjährigkeit (§. 1255), die mögliche Abkürzung dieser Frist durch Urtheilszustellung an die Großjähriggewordenen (§. 1256) und die Fristen für deren Erben (§. 1257) betreffen, sind offenbar von der Art, daß sie nur auf eigentliche Minderjährige und Entmündigte, nicht aber auf moralische Personen passen, welche stets als minderjährig anzusehen wären und gegen welche ebendeßhalb auch keine Abkürzung durch Urtheilszustellung im Sinne des §. 1256 zu erzielen wäre. Wollte man daher die Bestimmungen der Proceßordnung über die Wiederherstellung der Minderjährigen auf moralische Personen anwenden, so würden letztere den erstern nicht gleichgestellt, sondern weit über sie bevorzugt, indem sie ohne alle Zeitbeschränkung oder doch 30 Jahre lang Wiederherstellung wegen nicht gehöriger Vertheidigung fordern könnten.

Dies würde aber der Absicht des §. 11 des II. Constitutionsedicts, welche nur auf Gleichstellung gerichtet war, selbst widersprechen und es wird hieraus klar, daß, wenn die Proceßordnung eine Gleichstellung der moralischen Personen mit Minderjährigen hätte beibehalten wollen, dazu eine weitere Bestimmung nöthig gewesen wäre. Indem aber die Proceßordnung dies unterließ und die Ausnahme des §. 1254 auf eigentliche Minderjährige und Entmündigte beschränkte, hat sie die moralischen Personen davon ausgeschlossen und sie der Regel unterworfen. Die Ausdehnung jener Ausnahme auf die letztere könnte also nur gegen die Proceßordnung und nicht ohne Nachtheil ihrer bestimmten, durch sich allein entscheidenden Grundsätze über die Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile geschehen und würde daher der Bestimmung des §. 18 des I. Einführungsedicts widerstreben.

Eine so maßlose Begünstigung haben die moralischen Personen auch in der ältern Gesetzgebung nicht gehabt. Es stand ihnen zwar Wiederherstellung wegen Läsion überhaupt, also auch wegen schlechter Vertheidigung zu, aber andern Personen ebenso, wie sich wenigstens für Baden aus der Obergerichtsordnung, §. 152 ff. ergiebt, jedenfalls aber nur in einer Frist von vier Jahren von der Läsion an, und nicht 30 Jahre oder gar unendlich (Linde, Handbuch des Processes, B. V., S. 726, 731). Auch in den aus dem gemeinen Proceß abgeleiteten Proceßordnungen, welche Linde S. 737, 746, 766 anführt, wurden nur Fristen von vier Jahren theils von der Läsion, theils selbst vom Urtheil an bewilligt. Hätte daher unsere Proceßordnung eine Begünstigung fortbestehen lassen wollen, so würde sie nicht unterlassen haben, ihr ebenfalls diejenigen Schranken anzuweisen, ohne welche sie mit der allgemeinen Rechtssicherheit nicht vereinigt werden kann.

Bezüglich der politischen Gemeinden, die durch die Gemeindeordnung ihre Selbstständigkeit erlangt haben und des Staatsfiscus ist wohl allgemein anerkannt, daß ihnen die Rechte der Minderjährigen nicht mehr zustehen. Hinsichtlich der Stiftungen ist aber eben so wenig Grund vorhanden. Die allgemeinen Fonds stehen unter der unmittelbaren Vertretung collegialer Staatsbehörden, gleich dem Staatsfiscus, welche die Rechtsstreite einleiten und denen die Ladungen und entscheidenden Verfügungen unmittelbar zugestellt werden. Die Localfonds und Kirchspielsgemeinden erfreuen sich zwar einer solchen unmittelbaren Vertretung nicht, indem die Kreisregierungen nur die Ermächtigung zur Proceßführung zu ertheilen und die Stiftungs- oder Kirchenvorstände sofort den Proceß zu führen haben (Regierungsbl. 1827, Nr. I., 1828, Nr. XXI., §. 1 und §. 3, lit. l.). Allein nicht nur können und sollen die Großherzogl. Kreisregierungen diese Proceßführungen überwachen, sondern es sind auch die Stiftungs- und Kirchenvorstände in der Lage, die Processe gehörig zu führen.

Gleichwohl dürfte es angemessen sein, die Bestimmung zu treffen, daß Ladungen und Urtheile, welche Localstiftungen betreffen, nicht bloß den Pfarrern als Vorsteher der Verwaltungen, sondern zugleich auch dem Bürgermeister oder einem andern weltlichen Mitgliede oder aber

den Großherzogl. Kreisregierungen selbst zuzustellen seien, weil nicht selten Versäumnisse vorkommen, die nicht wieder gut zu machen sind. Ein Beispiel liefert obiger Fall, in welchem die Ladung auf eine gegen eine evangelische Kirchspielsgemeinde erhobene Klage dem Pfarrer, als Vorstand des Kirchengemeinderaths, zugestellt, von diesem aber dem Kirchengemeinderath keine Kenntniß gegeben, auch, nachdem ein Versäumungsurtheil ergangen war, keine Wiederherstellung nachgesucht wurde. Ein späteres Wiederherstellungsgesuch wegen unterbliebener Zustellung an die Großherzogl. Kreisregierung, so wie wegen Abwesenheit und höherer Gewalt (Proceßordnung §. 661) wurde verworfen; ersterer Grund deßhalb, weil die im Regblt. 1828, Nr. 21 verkündete Verordnung über die Verwaltung der evangelischen Stiftungen vom 10. Mai 1825 im §. 1 die Verwaltung den Kirchengemeinderäthen als Regel übertrage und im §. 3, lit. l., zur Führung von Processen nur höhere Ermächtigung fordere, also unter dieser Voraussetzung den Kirchengemeinderath zur eigenen Führung der Processe ermächtige: der Grund der Abwesenheit und höherer Gewalt aber darum, weil der Pfarrer als Vorstand des Kirchengemeinderaths diejenige Person sei, der die gerichtlichen Erkenntnisse, welche der Partei selbst zuzustellen sind, allein zugestellt werden könnten und wenn dieser bezüglich auf Zustellungen und die davon abhängigen Fristen die Kirchspielsgemeinde repräsentire, weder von Abwesenheit, noch von höherer Gewalt die Rede sein könne, indem das Gesetz, welches diese Repräsentation angeordnet, unterstellt haben müsse, daß dadurch die moralische Person hinreichend in den Stand gesetzt sei, sich vor Nachtheil zu wahren.

Mag diese Ansicht des Hofgerichts, welche jetzt dem obersten Gerichtshof zur Entscheidung vorliegt, auch manchem Bedenken unterliegen, so erfordert doch die Rechtssicherheit in den oft sehr wichtigen Rechtsstreiten der Stiftungen, daß der Ausgang nicht von der alleinigen Zustellung der Ladungen und Erkenntnisse an die Pfarrer abhängig gemacht werde. Hofgerichtsrath Schmidt.

IV.

Einiges zur Erläuterung der §§. 586—590 der Proceßordnung.

Wenn der Beweisführer von dem Rechte der Eideszuschiebung Gebrauch macht, so kann der Delat einen dreifachen Weg einschlagen: er kann

1) nach Landrechtsatz 1361 und §. 584 der Proceßordnung den Eid annehmen; oder
2) ihn, soferne die Voraussetzungen des Landrechtsatzes 1362 und §. 584 Absatz 2 der Proceßordnung vorhanden sind, zurückschieben; oder endlich
3) abweichend von Landrechtsatz 1361, nach §. 586 der Proceßordnung, unter den in §§. 587 u. 588 ebendaselbst enthaltenen Beschränkungen, sein Gewissen mit Beweis vertreten.

Die gesetzliche Anerkennung dieses dritten Weges hat ihren Grund eines Theiles in der Eigenschaft des Eides als eines bloß subsidiären Beweismittels, und in dem dadurch nothwendig bedingten Streben, dasselbe in seiner Anwendung möglichst zu beschränken, andern Theiles aber in einer humanen Rücksichtsnahme auf die so häufige Befürchtung, durch das Ausschwören eines Eides die Meinung zu erregen, als greife man in unlauterer Gesinnung zu der leider nur zu oft über die materielle Wahrheit im Ungewissen lassenden eidlichen Erledigung eines Rechtsstreites, und endlich in der Schonung des fast allgemeinen, hiernach so leicht erklärlichen Gefühles, ein siegreiches Urtheil lieber der aus dargebrachten förmlichen Beweisen geschöpften richterlichen Ueberzeugung, als einem abgelegten Eide verdanken zu wollen — lauter Rücksichten, welche das durch die Einführung dieses Institutes allerdings gefährdete Interesse der schnelleren Erledigung der Processe bei weitem überbieten dürften.

Hiernach möchte von dem Delaten wohl nicht gerade gar selten zu diesem Mittel der Befreiung von dem Ausschwören eines Eides gegriffen werden, und dürfte eben darum, sowie in Anbetracht, daß die gesetzlichen Bestimmungen über Gewissensvertretung in der Proceßordnung nur in den allgemeinsten Grundzügen, und in einer, wenigstens in Bezug auf eine praktische Frage erhebliches Bedenken erregenden Weise dargestellt sind, eine etwas umfassendere, zur Verdeutlichung des Ganzen auch den gemeinen Proceß berücksichtigende Erörterung dieses Rechtsinstitutes als keine gerade nutzlose Arbeit erscheinen.*)

*) Nur die Ueberzeugung von der Pflicht eines Jeden, auch bei schwacher Kraft und voraussichtlich geringem Erfolge, das Möglichste zu leisten, ermuthigt mich zu dieser Arbeit, deren Mangelhaftigkeit, wie sie Sachkennern nicht entgehen wird, theils meiner

Die Gewissensvertretung (probatio pro exoneranda conscientia) besteht in der Erklärung des Delaten, die Unwahrheit des Beweissatzes, worüber ihm der Eid zugeschoben wurde, durch andere Beweismittel darthun zu wollen.

Bayer, Vorträge über den gemeinen, ordentlichen Proceß, S. 526.

§. 586 der Proceßordnung.

Die Entstehung dieses Rechtsinstitutes liegt immer noch sehr im Dunkeln, sowie auch seine juristische Natur — wie weiter unten gezeigt werden soll — nicht weniger zweifelhaft ist, und verschiedenartig beurtheilt wird. Mag man aber in beiderlei Beziehung einer Ansicht huldigen, welcher man will, so bleibt doch jedenfalls unbestritten, daß dasselbe unter den allgemeinen Grundsätzen des Beweisverfahrens überhaupt steht und hieraus fließen vorzüglich drei Consequenzen, während die Beantwortung zweier weiterer Fragen, und zwar gerade derjenigen, welche in praktischer Hinsicht von der größten Wichtigkeit sind, durch die jeweilige Ansicht über die juristische Wesenheit dieses Rechtsinstitutes nothwendig bedingt ist.

Jene drei ersten Sätze sind folgende:

1) die Gewissensvertretung findet überall, aber auch nur dann statt, wenn der Beweis überhaupt nach Lage der Acten noch nicht als präcludirt erscheint; denn eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über Fristen, und die rechtlichen Folgen ihrer Versäumung hier zu gestatten, wäre ein zureichender Grund nicht vorhanden.

§. 588 der Proceßordnung.

Hierin liegt auch der Grund der Unstatthaftigkeit der Gewissensvertretung statt der Leistung des auferlegten Notheides; denn der Notheid ist erst das Resultat aller übrigen Beweisführung, diese muß also vorausgegangen sein, und erscheinen daher alle später vorgeschlagenen Beweismittel als präcludirt.

§. 636 der Proceßordnung.

Motive zur Proceßordnung S. 47.

2) Zur Antretung des Gewissensvertretungsbeweises wird, und zwar in der Verfügung, mit welcher die Beweisantretung durch Eideszuschiebung dem Delaten zugeht, eine Frist gesetzt, und wenn der Delat diese versäumt, so ist der Beweis als desert zu betrachten, und gilt überdies der deferirte Eid für verweigert.

Martin, Civilproceß §. 228 Note c 12. Auflage.

§. 586 der Proceßordnung.

3) Die Gewissensvertretung kann mit allen Beweismitteln versucht werden, nur nicht mit Eideszuschiebung, weil hierin wegen der Nothwendigkeit einer förmlichen Uebereinstimmung des Beweissatzes mit der Formel des deferirten Eides

Bayer, a. a. O. S. 530, 3.

lediglich eine Eideszurückschiebung enthalten wäre.

§. 587 der Proceßordnung.

Nicht so, wie zur Folgerung dieser drei Sätze, genügt die bloße Betrachtung der Gewissensvertretung, als eines unter den allgemeinen Regeln des Beweisverfahrens stehenden Institutes auch zur Beantwortung der in practischer Beziehung bedeutenderen Fragen nach der Zulässigkeit eines Gegenbeweises gegen die Gewissensvertretung und nach der Statthaftigkeit eines Zurückgreifens auf den deferirten Eid im Falle der Gewissensvertretungsbeweis ganz oder theilweise mißlungen ist.

Zur Entscheidung über diese Fragen ist es durchaus unerläßlich, tiefer in das juristische Wesen dieses Institutes einzudringen, indem nur eine feste Ansicht hierüber das Material, und zugleich einen sichern Anhaltspunkt bei Erörterung jener beiden wichtigen Sätze zu geben vermag.

Vorzüglich zwei Ansichten sind es, welche über das Wesen dieses Rechtsinstitutes herrschen:

1) nach der einen ist die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis, indem man annimmt, daß der Producent durch Zuschiebung des Eides seinen Beweis angetreten hat, und der Delat nunmehr die directe Gegenbeweisführung unternimmt,

2) die andere Ansicht geht davon aus, daß in der Erklärung des Delaten, das Gewissen mit Beweis vertreten zu wollen, eine justa causa liege, die definitive Erklärung auf die Eideszuschiebung vorläufig zu verweigern, weil man hofft, durch eine andere Beweisführung die Eidesdelation unnöthig zu machen.

(Schluß folgt.)

Eigenschaft als eines Neulinges auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft zu gut gehalten, theils in Berücksichtigung eines redlichen Willens nachsichtsvoll beurtheilt werden wolle. D. E.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 24. Karlsruhe, den 12. Juni 1847.

I.

Einiges zur Erläuterung der §§. 586—590 der Proceßordnung.

(Schluß.)

Von diesen beiden Ansichten dürfte wohl die zweite unbedingt den Vorzug verdienen, und zwar aus dem Grunde, weil dieselbe am meisten mit dem, in der Einleitung zu diesem Aufsatze erörterten Zwecke des ganzen Rechtsinstitutes, wie noch näher gezeigt werden soll, im Einklange steht.

Wenn Bayer a. a. O., S. 528, der erstern Ansicht größeren Werth beilegen will, so geschieht dies gewiß mit Unrecht, denn der von ihm angegebene Grund, daß nämlich die Annahme, der Delat wolle, um dem Eide zu entgehen, nur ein ihm sonst allgemein zustehendes Recht ausüben, von dem er unstreitig hätte Gebrauch machen dürfen, wenn der Producent den Beweis durch andere Mittel, als durch Eidesdelation angetreten hätte, weit natürlicher sei, als die Unterstellung eines Rollentausches im Beweisverfahren, kraft dessen man annehmen müsse, daß der Delat auf seine Freiheit von der Hauptbeweislast verzichte, ist darum nicht stichhaltig, weil mit der zweiten oben hervorgehobenen Ansicht nach ihrer ganzen Auffassung der Gewissensvertretung durchaus nicht zugleich die Idee eines förmlichen Wechsels der Beweislast, und eines Verzichtes auf die Freiheit von letzterer verbunden ist, und auch nicht verbunden sein kann, da ja der Zweck des ganzen Institutes, die Verminderung der Eide und Schonung des Delaten, es doch offenbar nicht gestatten würde, diesem durch eine ohnehin schon nach allgemeinen Grundsätzen unzuläßige Präsumtion eines Verzichtes den durch Gestattung der Gewissensvertretung eingeräumten Vortheil auf der einen, durch einen empfindlichen Nachtheil auf einer andern Seite, welcher mit der Annahme eines Verzichtes auf die Beweisfreiheit für den Delaten darum nothwendig verbunden sein müßte, weil denn ein beliebiges Zurückgreifen auf den deferirten Haupteid nicht mehr für statthaft erklärt werden könnte, geradezu wieder aufzuheben.

Es verträgt sich gewiß mit der Natur und dem Zwecke der Gewissensvertretung am besten, dieselbe weder als Gegenbeweis, noch als durch freiwillige Uebernahme der Beweislast selbst auferlegten Hauptbeweis, sondern nach der zweiten obigen Ansicht als ein ganz eigenthümliches Institut anzusehen.

Huldigt man der ersten der beiden oben hervorgehobenen Ansichten, so ergibt sich für die Beantwortung jener beiden wichtigen Fragen folgendes:

1) in Bezug auf die Zuläßigkeit eines Gegenbeweises gegen den Gewissensvertretungsbeweis muß die Regel gelten, daß ein solcher auch hier nur in den Fällen statthaft ist, in welchen die Regel: reprobatio reprobationis non datur eine Ausnahme erleidet.

Bayer, a. a. O. S. 441.

2) Nach dieser Ansicht muß man auch annehmen, daß derjenige, welcher sein Gewissen mit Beweis vertritt, vollständig zu beweisen übernimmt, und nicht erst wieder, wenn ihm dieses nicht gelingt, zu einer Leistung, oder Zurückschiebung des Eides seine Zuflucht nehmen darf.

Gerade zu den entgegengesetzten Resultaten führt aber die zweite jener beiden obigen Ansichten, indem

1) der Producent hiernach immer noch einen Gegenbeweis gegen den Gewissensvertretungsbeweis versuchen darf; denn nach dieser Ansicht steht die Rechtsregel: reprobatio reprobationis non datur nicht hemmend im Wege, und würde man überdies durch die Ausschließung des

Gegenbeweises dem Producenten oft die wichtigsten Mittel rauben, die Unwahrheit der jenseitigen Beweisführung darzuthun.

2) Der Delat kann nach dieser zweiten Ansicht, wenn ihm der Gewissensvertretungsbeweis gar nicht, oder nicht vollständig gelungen, doch noch den Eid acceptiren, oder zurückschieben, weil durch seine Erklärung, die Unwahrheit des Beweissatzes auf andere Weise darthun zu wollen, die definitive Erklärung über den deferirten Eid nur suspendirt ward.

Bayer, welcher sich für die erstere Ansicht bekennt, hält dafür, daß die proceßualische Qualität des Gewissensvertretungsbeweises ohne Bedeutung für die Beantwortung der ersteren jener beiden Fragen sei, indem jedenfalls die Unstatthaftigkeit eines Gegenbeweises gegen den Gewissensvertretungsbeweis aus der im deutschen Processe herrschenden Eventualmaxime folge, wornach der Producent die Verbindlichkeit habe, alle Beweismittel innerhalb der präfigirten Beweisfrist bei Vermeidung des Ausschlusses vorzutragen. Würde aber noch ein Gegenbeweis gegen den Gewissensvertretungsbeweis zugelassen, so könnte der Producent noch auf diesem Wege bereits präcludirte Beweismittel nachtragen. Allein diese Argumentation möchte darum nicht treffend sein, weil sie nicht auf alle Fälle Anwendung leiden kann; eine solche, an die unterlassene Vornahme einer Proceßhandlung geknüpfte strenge Folge der Eventualmaxime kann doch wohl überall nur einen in Wahrheit Säumigen treffen, und paßt daher sicher da nicht, wo dem Producenten die Eideszuschiebung als einziges mögliches Beweismittel zur Seite stand, und daher von ihm in der sichern Erwartung gewählt wurde, dadurch Alles beendigen zu können, während jetzt, ohne sein Veranlassen, die Sache in die Lage kömmt, daß dennoch anderweite Beweise erhoben werden müssen, von deren Bekämpfung ihn auszuschließen, überall kein hinreichender Grund aufgefunden werden könnte.

Ebenso unstatthaft ist ein weiteres, übrigens von Bayer ebenfalls verworfenes Argument gegen die Zulässigkeit eines Gegenbeweises, nämlich die Unterstellung, daß der Producent durch die Eidesdelation auf den Gebrauch aller ordentlichen Beweismittel verzichtet habe, und folglich nach dem Grundsatze: ad renunciata non datur regressus, nicht mehr zu denselben zurückkehren könne. Eine Verzichtleistung darf aber einmal überhaupt nicht präsumirt werden, und wäre jedenfalls nur unter der Voraussetzung statthaft, wenn die Sache auf der einmal eingeleiteten Bahn der eidlichen Erledigung verbleiben würde.

Was die badische Proceßordnung anbelangt, so vermißt man darin, was sich jedoch aus der Eigenschaft derselben als eines Gesetzbuches erklärt, die lediglich der Wissenschaft überlassen gebliebene Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes über diese beiden Fragen. Es muß daher aus den einzelnen Consequenzen auf die denselben zu Grunde liegende Ansicht zurückgeschlossen werden.

Keine jener beiden obenaufgestellten Ansichten scheint aber mit Entschiedenheit durchgeführt worden zu sein.

Während nämlich die im §. 578 sanktionirte Zulassung des Gegenbeweises auf die Billigung der zweiten Ansicht sich schließen läßt, und auch die Bestimmungen des §. 589, wornach bei gänzlichem Mißlingen des Gewissensvertretungsbeweises das Zurückgehen auf den Eid für statthaft erklärt ist, ebenfalls als ein Ausfluß jener zweiten Ansicht erscheint, so enthält dagegen der §. 590 eine Verfügung, welche sicher nicht als consequente Folge jener sonst überall durchblickenden zweiten Grundansicht betrachtet, und auch nicht neben dem Inhalte des §. 589 mit der ersten in Einklang gebracht werden kann. Nach dem Inhalt des §. 590 soll nämlich im Falle eines unvollständigen Gewissensvertretungsbeweises der Richter auf einen Nothseid erkennen.

Wenn man aber bei gänzlichem Mißlingen des Gewissensvertretungsbeweises die nachträgliche Annahme oder Zurückschiebung des Eides gestattet, so muß man dies consequenter Weise um so mehr dann, wenn der Beweis nicht gänzlich, sondern nur theilweise mißlungen ist; denn sonst befände sich ja, was gewiß nicht gebilligt werden könnte, der Beweisführer in einer üblern Lage, wenn er etwas, als wenn er gar nichts bewiesen hätte. Zwar ist das Zurückgehen auf den Haupteid von keinem wesentlichen Belange weil, wenn mehr als halber Beweis geführt ist, oder bei gerade halbem Beweise nach den in §. 635 der Proceßordnung und §. 6 der Eidesordnung enthaltenen Bestimmungen auf einen Erfüllungseid erkannt werden müßte, und der Delat diesen auszuschwören bereit wäre, weil ja doch die Formel des dem Delaten aufzuerlegenden Erfüllungs-

eides mit der des deferirten Haupteides übereinstimmen würde; allein sehr erheblich ist die Sache in dem Falle, wenn der Delat, anstatt den Erfüllungseid auszuschwören, lieber den Haupteid zurückschieben möchte, oder wenn nach dem Ergebnisse des Gewissensvertretungsbeweises auf einen Reinigungseid zu erkennen wäre, der Delat aber anstatt dessen lieber den deferirten Eid annehmen möchte, indem in einem solchen Falle, ohne Gestattung des Verzichtes auf das mangelhafte Resultat der Gewissensvertretung, der Delat, trotz seiner Bemühung, den Eid zu umgehen, entweder wider seinen Willen doch einen solchen selbst ausschwören, oder aber ebenfalls unfreiwillig die Entscheidung des Rechtsstreites von der Eidesleistung des Deferenten abhängig gemacht sehen müßte.

Es enthält daher der §. 590 der Proceßordnung wenigstens für diese beiden Fälle eine wohl nicht zu rechtfertigende Bestimmung, welche auch auf keinerlei Weise umgangen werden kann, indem jeder Versuch sowohl einer etwaigen extensiven Interpretation, als einer analogen Anwendung des §. 589 auf die gedachten Fälle an dem zweifellosen Ergebnisse der grammatischen Auslegung des §. 590 nothwendig scheitern müßte.

Diese Grundsätze über Gewissensvertretung hatte ich jüngst Veranlassung, bei einem Rechtsfalle anzuwenden, welcher in Bezug auf diese Lehre auch noch eine andere beachtenswerthe Seite darbot.

Es wurde nämlich hier am Schlusse der Antretung des Gewissensvertretungsbeweises noch die Erklärung beigefügt, daß „fürsorglich" der Eid angenommen werde. Die Erhebung des Gewissensvertretungsbeweises lieferte ein so unvollständiges Resultat, daß nach §. 635 und 590 der Proceßordnung die Auflage eines Reinigungseides geboten war.

Es kann nun hier die Frage entstehen, ob die mit der Gewissensvertretung verbundene „fürsorgliche" Annahme des Haupteides die richterliche Auflage eines Notheides unstatthaft mache, oder nicht.

Wenn man zuerst darnach forscht, was wohl der Delat unter dem Worte „fürsorglich" verstanden haben mag, so könnte man vielleicht geneigt sein, die Absicht zu unterstellen, daß er damit nicht etwa blos für den Fall des gänzlichen Mißlingens des Gewissensvertretungsbeweises, sondern überhaupt für jeden ungünstigen Ausgang desselben, also namentlich auch für den Fall des hier vorliegenden, einen Reinigungseid des Deferenten erheischenden mangelhaften Ergebnisses desselben sich den Haupteid reserviren wollte.

Allein diese Auffassungsweise möchte wohl aus folgenden Gründen unstatthaft sein.

Die Proceßordnung unterscheidet nicht den Fall einer mit der Gewissensvertretung cumulirten, und einer nachfolgenden Annahme des Eides ausdrücklich, und mit besondern Folgen für beide Fälle; wir sind deßhalb nach der Rechtsregel: lege non distinguente nec judicis est distinguere, auch nicht befugt, eine derartige Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen, und kann daher diese „fürsorgliche" Annahme des Eides überhaupt nur in dem Sinne verstanden werden, in welchem sie mit dem Gesetze im Einklange steht, also nur von dem Falle eines gänzlichen Mißlingens der Gewissensvertretung, oder aber — was diesem gleichstünde — einer von vorne herein ausgesprochenen Verwerfung desselben als unerheblich.

Es tritt dann im Falle einer solchen, gleich mit der Antretung des Gewissensvertretungsbeweises verbundenen fürsorglichen Annahme des Eides nach §. 589 der Proceßordnung nur die einzige, jedoch in der Natur der Sache gelegene Besonderheit ein, daß hier keine richterliche Frist zur Annahme oder Zurückschiebung des Eides mehr gesetzt zu werden braucht.

Richard Schneider,
Rechtspraktikant. *)

II.

Juden-Eid.

Unter den französischen Gerichten herrschten seit längerer Zeit verschiedene Ansichten über die Frage, ob Juden überhaupt verpflichtet sind, einen Eid more judaico zu leisten, ob sie nicht ebenso wie alle andern französischen Bürger berechtigt sind, den Eid in der gewöhnlichen und allgemeinen Form zu leisten? Der k. Gerichtshof von Colmar hatte die feste Praxis, daß Juden more judaico schwören müssen, und hat sogar den 12. Mai 1841 erkannt, daß Zeugen dieses Glaubens den Eid in gleicher Form leisten müßten.

Sirey 1842. II. 493.

Uebereinstimmend waren die Ansichten der Gerichtshöfe

*) In Offenburg.

von Nancy und Pau. *Sirey* 1809. II. 237 und 1831. II. 150. Den 18. Juni 1845 hat auch der königliche Gerichtshof von Algier erkannt, daß ein Jude Namens Mesguich den ihm zugeschobenen Haupteid in der Synagoge von Algier in Gegenwart eines Rabbinen nach den Gebräuchen seiner Religion zu leisten habe. *Sirey* 1846. I. 138.

Dagegen hat der Cassationshof mehreremal entschieden, daß es einem Juden zwar frei stehe, den Eid nach den hergebrachten Formen seiner Religion zu leisten, daß er aber auch zugelassen werden könne, den Eid in der allgemein vorgeschriebenen Form „ich schwöre" zu leisten. *Sirey* 1827. I. 57. *Sirey* 1828. I. 261 und 369. Dieser Ansicht traten die Gerichtshöfe von Turin, Nimes und Air bei. *Sirey* 1827. I. 58. *Sirey* 1828. II. 19. *Sirey* 1829. II. 286.

Folgender Fall gab dem Cassationshof in dem letzten Jahr Gelegenheit, sich aufs Neue über diese Frage auszusprechen: Gugenheim hatte an Cerf einen Eid more judaico darüber zugeschoben, daß eine hypothekarisch versicherte Forderung des letztern von 249 Franken bezahlt sei. Dieser erklärte sich bereit, den Eid in der gewöhnlichen Form zu leisten; aber das Gericht von Saverne (Zabern) erkannte den 22. Oktober 1842 auf den Eid more judaico. Cerf appellirte, aber der k. Gerichtshof von Colmar bestätigte den 28. Dezember 1842, weil dieser Eid stets bei den Gerichten des Elsaßes herkömmlich gewesen sei, und allein von den Juden für verbindlich erachtet werde, daher auch allein eine Bürgschaft für die Wahrhaftigkeit des Schwörenden darbiete, dagegen derjenige, welcher den Eid in der gewöhnlichen Form, welche von den Juden nicht für verbindlich angesehen werde, schwören wolle, das Recht in Anspruch nehme, seine Mitbürger zu betrügen u. s. w. Diese Entscheidungsgründe, mehr als die Sache, um welche es sich handelte, machten das größte Aufsehen; Cerf ergriff das Rechtsmittel der Cassation wegen Verletzung der Art. 1 und 5 der Charte und des Art. 121 code de pr. lautend: „Der Eid ist vor Gericht zu leisten. Ist aber die Parthie verhindert, vor Gericht zu erscheinen, so begiebt sich der Richter, welcher hiezu commitirt wird, in die Wohnung des Schwörenden, begleitet von dem Gerichtschreiber u. s. w."

Bei dem Cassationshof wurden von beiden Theilen gedruckte Denkschriften übergeben, aus denen Auszüge bei *Sirey* 1846. I. 195—204 abgedruckt sind. Für den Cassationskläger führte Advokat Martin von Straßburg aus, daß in der ältern Zeit, da die Juden in Frankreich nur geduldet waren, eine Ausnahme = Gesetzgebung bestanden habe, welche gegen den allgemeinen Grundsatz: Quisque praesumitur bonus ꝛc. die Juden überall und in jeder Beziehung als unredlich und unglaubwürdig annahm. Dieses habe sich durch das Gesetz vom 27. September 1791, welches alle Ausnahme-Gesetze aufhob, und die Juden vollkommen gleichstellte, geändert, weßhalb auch von dieser Zeit bis 1805 von keinem Judeneid mehr die Rede gewesen sei. Erst seit den kaiserlichen Dekreten vom 30. Mai 1806 und 17. März 1808, (welches letztere in den deutschen Provinzen des linken Rheinufers auch nach Vertreibung Napoleons beibehalten, und jüngst erst in Rheinpreußen und Rheinhessen aufgehoben wurde), sei auch der Eid more judaico wieder aufgekommen. Diese Dekrete seien aber schon 1818 erloschen; die Charte von 1830 habe aufs Neue erklärt, daß alle Franzosen vor dem Gesetz gleich seien, weßhalb auch durch ein Gesetz vom 8. Februar 1831 die Cultusbeamten der jüdischen Glaubensgenossen vom Staat besoldet würden. Nach diesem Princip der Gleichheit werde der Eid nach einer gleichen Form allen Nationalgarden, allen Wählern, Deputirten, Civil- und Militär-Angestellten, Advokaten, Geschwornen, Zeugen in Strafsachen, seien sie Juden oder Christen, geleistet. Nach Art. 121 code de pr. sollte der Eid in Civilsachen ebenfalls vor Gericht oder in Verhinderungsfällen in der Wohnung des Schwörenden geleistet werden, weßhalb also das Gesetz verletzt werde, wenn das Gericht verordne, daß der Eid in der Synagoge zu leisten sei, u. s. w.

Für den Cassationsbeklagten antwortete Morin, der Eid sei ein religiöser Akt, l. 5. §. 1 de jurejurando wie auch Godofredus in seiner Note zu dieser Stelle bezeuge. Das sei die Ansicht von *Merlin*, Questions. v. *Serment* §. 1 und 2. *Toullier* I. Nr. 4. *Duranton*, t. 13. Nr. 593., und so habe auch der Cassationshof den 12. Juli 1810 auf den Antrag von Merlin erkannt. Das Gesetz habe nirgends die Form des Eides festgestellt, und gerade dadurch dem Grundsatz der vollkommensten Religionsfrei-

heit gemäß Jedem überlassen, nach der in seiner Religion hergebrachten Form zu schwören u. s. w.

Der General-Advokat Delangle trug auf Cassation an, und suchte besonders die Behauptung des k. Gerichtshofs von Colmar, als halten die Juden sich nicht durch einen gewöhnlichen Eid für gebunden, zu widerlegen. Er führte an, daß der s. g. Judeneid nicht durch die Religionsbücher der Juden, sondern durch die Staatsgesetze, namentlich durch ein Reichsgesetz Kaiser Karl V. vom Jahr 1555 (Reichskammergerichts-Ordnung) eingeführt worden sei. Nach den fünf Büchern Mosis sei den Juden die größte Heilighaltung des Eides durch die Vorschrift: „Du sollst den Namen GOttes nicht in eitlen Dingen anrufen' geboten. Maimonides habe daher gelehrt, daß jeder Eid, wo und wie er auch geleistet werde, für den Juden verbindlich sei. Der große Sanhedrin habe im Jahr 1807, das Consistorium (consistoire central des juifs à Paris) im Jahr 1816, und die sämmtlichen Oberrabinen im Jahr 1844 einstimmig und unter Berufung auf die bewährtesten Autoritäten erklärt, daß der Eid „ich schwöre" ohne alle weitere Form für Juden vollkommen bindend sei. (Dieselbe Erklärung hat die Versammlung deutscher Rabbinen zu Braunschweig im Jahr 1844 abgegeben). Nichts sei auch gefährlicher, als die entgegengesetzte Theorie, welche der Gerichtshof von Colmar aufstelle. Denn nach dieser werde der Form ein größerer Werth als dem Schwur selbst beigelegt, und der Schwörende zu glauben veranlaßt, daß wenn in irgend einer Beziehung die Form vernachläßigt sei, er durch den Schwur nicht verbunden werde, die Wahrheit zu sagen.

Der Cassationshof cassirte, diesem Antrag gemäß, durch Urtheil vom 3. März 1846., weil nach Artikel 1 der Charte const. die Rechte aller Franzosen, zu welcher Religion sie auch gehören, gleich seien, und für Alle die gleiche Vermuthung des guten Glaubens streite; weil, wenn auch der Eid ein religiöser Akt sei, dennoch die Bürgschaft für die Wahrhaftigkeit des Schwörenden nicht in den äußern Formen, sondern in dem Gewissen des Menschen liege; weil Art. 121 c. de pr. vorschreibe, daß der Eid vor Gericht und nur bei Verhinderung des Schwörenden in dessen Wohnung geleistet werde; weil die einzige in Frankreich geltende Form des Eides in der bei aufgehobener Hand ausgesprochenen Worten: Ich schwöre, beruhe, welche auch allein in allen politischen und Strafsachen angewendet werde; weil auch für Juden keine Ausnahme-Gesetze bestehen, diese vielmehr sämmtlich aufgehoben seien, weßhalb es eine Verletzung der durch Art. 5 der Charte garantirten Gewissensfreiheit sei, wollte man von ihnen einen Eid in besonderer Form verlangen. u. s. w.

Sirey 1846. I. 193—208.

Diese Entscheidung hat auch für uns ein praktisches Interesse, einmal weil die Frage über den Judeneid gegenwärtig in allen deutschen Staaten ventilirt wird, und auch mit Rücksicht auf die bevorstehende Oeffentlichkeit in Strafsachen bei dem Großherzogl. Justizministerium angeregt worden ist, dann aber auch, weil die Badische Gesetzgebung, welche beinahe wörtlich mit den betreff. Stellen der französischen Gesetze übereinstimmt, den Zweifel erregt, ob in Civilsachen überhaupt noch der Eid in der Synagoge zuläßig ist? Es kann dabei nicht in Frage kommen, ob ein solcher Eid von den Juden für bindender gehalten wird, als der gewöhnliche; denn es wird wohl Niemanden entgangen sein, daß der Gerichtshof von Colmar sich weit von der Funktion eines Richters entfernt hat, als er diese Frage vor sein Forum zog. Der Gesetzgebung bleibt es vorbehalten, je nach den Ansichten, welche sie darüber gewinnt, die Form des Eides festzusetzen. Bei uns schreibt nun Art. 37 der Eidesordnung den Judeneid in der Synagoge nach der in der Kammergerichtsordnung (von 1555) enthaltenen Form für alle Fälle vor; die Ministerial-Verordnung vom 6. März 1813 dagegen bestimmt zweierlei Formen, von denen die eine als Regel, die andere bei Gegenständen von vorzüglicher Wichtigkeit eintritt. Wiewohl diese Verordnung nicht vom Regenten ausging, auch keines besondern Auftrags desselben erwähnt, so hat die Praxis sich stets danach gerichtet. Aber nun kam die Proceßordnung und setzte in §. 598 übereinstimmend mit Art. 121 code de pr. fest, daß der Eid im Gerichte selbst d. h. im Lokal des Gerichts zu leisten ist, die Fälle ausgenommen, da er wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit dessen, der schwören muß, in der Wohnung desselben statt finden darf. Kann neben diesem Gesetz die in der Verordnung vom 6. März 1813 für Fälle von vorzüglicher Wichtigkeit angeordnete Eidesleistung in der Synagoge bestehen? Ich glaube nicht. Denn

wenn das Gesetz bestimmt, der Eid soll in dem Lokal des Gerichts geleistet werden, so wird das Gesetz übertreten, wenn der Eid in der Synagoge abgenommen wird. Das sagt auch der Cassationshof in dem oben angeführten Urtheil. Man könnte aber entgegnen, lex generalis non derogat speciali; man wird aber zugeben, daß wenn die Verordnung vom 6. März 1813 gar nicht bestünde, sondern nur §. 37 der Eides-Ordnung, wonach alle Eide der Juden in der Synagoge geleistet werden müssen, diese Bestimmung durch §. 598 der Proceßordnung für Civilsachen als aufgehoben anzusehen wäre. Die Verordnung vom 6. März 1813 konnte aber die Eidesleistung in der Synagoge für besonders wichtige Fälle nur darum anordnen, weil die Eidesordnung diese Form der Eidesleistung schon früher festgesetzt hatte; sobald aber diese aufgehoben ist, fehlt der Verordnung vom 6. März 1813 der gesetzliche Boden. Die Proceßordnung kennt nur den Eid im Gerichtslokal und ausnahmsweise in der Wohnung des Schwörenden, mithin kann der Eid nicht anderwärts abgenommen werden.

Vielleicht aber beruft man sich für die gegentheilige Ansicht auf §. 7 der Justizministerialverordnung vom 3. Mai 1833 (Regierungsblatt Nr. 19) wo bestimmt wird: „Der Eid der Israeliten wird in seiner durch die Verordn. vom 6. März 1813 bestimmten Form beibehalten." Hier ist aber nur von der Eidesform nicht von dem Ort der Eidesleistung die Rede; man kann daher nicht geradezu behaupten, das Großherzogl. Justizministerium habe hier die Beibehaltung des Eides in der Synagoge verordnet, um so weniger, als es in §. 8 derselben Verordnung heißt: „Die Vorschriften der Proceßordnung über Eidesleistungen leiden durch die gegenwärtigen Bestimmungen keine Abänderung." Man wollte daher die Proceßordnung nicht abändern, und konnte es auch nicht. Ich glaube deßhalb, daß der Eid in der Synagoge durch die Proceßordnung für Civilsachen aufgehoben ist.*) Das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises hat dagegen den 18. Februar 1846 i. S. Fränkel gegen Keibel auf diesen Eid erkannt. Es wurde hiergegen zwar die Oberberufung ergriffen, die Sache aber durch Vergleich erledigt.

Dr. Ladenburg.

*) Dennoch erkennt der oberste Gerichtshof bis zur Stunde in den dazu geeigneten Fällen auf Eidesleistung in der Synagoge, wiewohl nicht geläugnet werden kann, daß die in vorstehender Erörterung gegen diese Praxis geltend gemachten Gründe erheblich genug befunden werden dürften, um über die Frage neue Discussionen bei den Gerichten zu veranlassen. D. R.

III.

Entscheidungen der französischen Gerichte. Collision der Vorzugsrechte des Verkäufers und des Zwischenhändlers.

1) Müller in Havre verkaufte an Brame-Chevalier und Comp. in Paris 49 Faß Zucker, und sandte diese mittelst des Schiffs Saint-Jacques nach Dünkirchen; gleichzeitig schickte er das Connossement, (den Ladschein), welches an die Ordre des Käufers lautete, diesem zu. Der Käufer indossirte dasselbe an Tissot und Prévost in Lille ohne Angabe des Werthempfangs. Diese sandten dasselbe an Duponchel nach Dünkirchen, mit dem Auftrag, den Zucker dort in Empfang zu nehmen. Unterdessen hatte Brame-Chevalier und Comp. fallirt, und da Müller nicht bezahlt war, verbot er dem Capitän des Schiffs Saint-Jacques, den Zucker abzuliefern. Duponchel klagte nun im Auftrag von Tissot und Prévost gegen Müller auf Auslieferung des Zuckers, wenn dieser nicht etwa vorziehe, die Vorschüsse, welche die Kläger auf das Conossement hin gemacht hatten, zu vergüten. Müller behauptete dagegen, er könne nach Art. 576 und 77 (Art. 240, 41 des Badischen Hand.-Ges.) die verkaufte Waare für den rückständigen Kaufpreis zurücknehmen. Da das Indossament keinen Werthempfang ausdrücke, so sei auch das Eigenthum der Waare nicht an die Kläger übergegangen. Es ist zu bemerken, daß nach Art. 578. (Art. 242 des Bad. Hand.-Ges.) das Vorrecht des Verkäufers aufhört, sobald die Waare auf Faktura und Conossement verkauft worden ist. In unserm Fall aber behaupteten die Kläger gar nicht, die Waare gekauft, sondern als Commissionäre Vorschüsse auf dieselbe gemacht zu haben. Das Handelsgericht wies die Kläger ab; aber die Cour roy. de Douai erkannte den 11. April 1838 zu ihren Gunsten, weil nach Art. 579 (243) der Verkäufer, der die Waare zurücknehmen will, auch die unterdessen erwachsenen Auslagen ersetzen müsse. Der Beklagte ergriff das Rechtsmittel der Cassation, worauf jenes Urtheil den 1. März 1843 cassirt wurde, weil einerseits das Indossament, welches keinen Werth-

empfang ausdrücke, kein Eigenthum übertrage, sondern nur als Vollmacht gelte, andererseits der Commissionär nur ein Vorrecht auf diejenigen Waaren habe, die ihm direkt vom Versender zugesendet worden, oder deren Ladschein in regelmäßiger Form an ihn indossirt ist, u. s. w.

Sirey 1843. I. 185—189.

Die Sache wurde hierauf an die Cour roy. d'Amiens verwiesen, welche den 29. Juli 1843 das Urtheil erster Instanz bestätigte. *Sirey* 1844. II. 6. In den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheil wird der vom Cassationshof aufgestellte Satz, daß das Vorrecht des Commissionär nur statt finde, wenn dieser ein regelmäßiges Indossament für sich habe, noch weiter dadurch begründet, daß dieses Vorrecht dinglicher Natur sei, indem es auch, Dritten gegenüber, geltend gemacht werden könne u. s. w.

Wiewohl nun die Entscheidung des Cassationshofs und der Cour d'Amiens untadelhaft sein mag, so läßt doch die Begründung Manches zu wünschen übrig. Der Commissionär ist nur Mandatar; die Indossirung des Ladscheins soll ihn ermächtigen, die Waare in Empfang zu nehmen, und sie entweder weiter zu versenden oder zu verkaufen, je nach der Instruktion, die er hierüber erhalten hat. Wie kann man nun verlangen, daß in dem Indossament ein Werthempfang quittirt werde, wenn gar kein Werth bezahlt worden ist? Wie kann man für den Bevollmächtigten ein regelmäßiges Indossament verlangen, wenn das Gesetz selbst sagt, das unregelmäße Indossament gelte als Vollmacht? Diese Argumente wurden von der Cour roy. de Douai in einem Urtheil vom 5. Januar 1844 mit großem Nachdruck in folgendem Fall geltend gemacht: Lecomte in Lille sandte an Cavrois in Dünkirchen 200 Ballen Kaffee zum Verkauf, und erhielt darauf verschiedene Vorschüße. Lecomte fallirte, und die syndics bestritten das Vorzugsrecht, welches Cavrois in Anspruch nahm, weil das Conossement ohne Angabe des Werth-Empfangs an ihn indossirt sei; dabei beriefen sie sich auf die oben erwähnte Entscheidung des Cassationshofs vom 1. März 1843. Aber sowohl das Handelsgericht von Lille wie die Cour de Douai verwarfen die Einsprache der syndics.

Sirey 1844. II. 257—263.

Devilleneuve versucht dagegen in einer Note zu diesem Urtheil die Ansicht des Cassationshofs zu vertheidigen, was ihm jedoch, wie mir scheint, nicht gelungen ist. Man könnte aber fragen, warum fand das Vorrecht des Commissionärs in dem oben erzählten Fall nicht statt, wenn das unregelmäßige Indossament kein Hinderniß abgeben konnte? Ich glaube aus dem Grund, weil der Zucker noch nicht in den Besitz des Käufers oder seines Mandatars gelangt war. Hätte der Capitän des Schiffs Saint-Jacques den Zucker schon an Duponchel herausgegeben, so war das Vorrecht des Commissionärs selbst gegen das Vorrecht des Verkäufers (Art. 2102. Nr. 4) gesichert. So hat auch der Cassationshof am 1. Dezember 1840 in folgendem interessanten Fall entschieden:

2) Cerqueira Lima in Bahia (Brasilien) bestellte bei Odiot in Paris eine große Menge Silberwaaren, und nahm mit Robertson in London die Absprache, daß dieser auf die Silberwaaren, sobald sie in Havre angekommen seien, ihm bedeutende Vorschüsse machen, dagegen die Waaren in Havre in Empfang nehmen, und solche an ein Haus in Bahia senden sollte, wo C. Lima sie gegen Zahlung des Vorschusses erhalten könnte. Gemäß dieser Absprache beauftragte Robertson den Commissionär Ferreira Alvelz in Havre, die Waaren von Odiot in Empfang zu nehmen, und darauf hin 20100 Frk. abschläglich an den Kaufpreis zu zahlen. Dies geschah. Odiot sandte die Waaren an Ferreira Alvez in Havre; dieser bezahlte darauf 20100 Franken, welche er zu diesem Zweck von Robertson erhalten hatte. Nun aber traten mehrere Gläubiger des C. Lima auf, und legten Beschlag auf die Waaren; Robertson erwirkte aber gegen sie ein Urtheil, wornach er vorzugsweise aus dem Erlös dieser Waaren befriedigt werden sollte. Odiot, der noch 10,000 Franken an dem Kaufpreis gut hatte, hörte von diesem Stand der Dinge, und trat in jenem Processe intervenirend (par tierce-opposition) auf, indem er das Vorzugsrecht des Verkäufers aus Art. 21024 geltend machte. Aber das Handelsgericht in Havre erkannte den 15. Nov. 1834., gegen seinen Antrag, daß Robertson vorzugsweise aus dem Erlös der Waaren zu befriedigen sei, wenn Odiot nicht etwa vorziehe, die Waare zurückzunehmen, und Robertson zu befriedigen. Die Cour roy. de Rouen bestätigte dies Urtheil den 13. August 1836. Die dagegen ergriffene Cassation wurde den 1. Dezember 1840 verworfen.

Sirey 1841. I. 161—64.

In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß F. Alvez nur Mandatar des Robertson gewesen, und dieser, als Spediteur, das Vorzugsrecht des Art. 93 erworben habe, sobald die Waare in den Besitz seines Mandatars gekommen sei. Ueber das Vorzugsrecht des Verkäufers dagegen bemerkt der Cassationshof, dieses finde darum nicht statt, weil die Waaren nicht mehr im Besitz des Käufers, (Art. 21024) sondern eines Dritten seien. Dieser Entscheidungsgrund ist sehr auffallend; Robertson war nur Spediteur (im französischen ebenfalls commissionaire genannt) des C. Lima, mithin nur dessen Mandatar. So wie nun der Cassationshof selbst anerkannte, daß Robertson durch seinen Mandatar F. Alvez für den Besitz der Waaren hafte, so mußte derselbe auch zugeben, daß der Käufer durch seinen Mandatar, Robertson im Besitz der Waaren sei, weßhalb das Vorzugsrecht des Verkäufers allerdings Platz greifen müßte. Es folgt dieses auch aus der einfachen Betrachtung, daß wenn das Vorzugsrecht des Verkäufers selbst in dem Fall statt findet, wenn die Waaren schon bei dem Käufer angekommen sind, dieses um so mehr dann der Fall sein muß, wenn die Waaren noch unterwegs sind. Es handelte sich daher von einem Widerstreit zweier Vorzugsrechte, und in diesem Fall entscheidet der Besitz nach der Regel: In pari caussa melior est conditio possidentis. Man könnte zwar sagen, Robertson habe nicht für sich, sondern Namens eines Andern besessen; aber er hatte die Inhabung für sich, und diese reicht hin, das Vorzugsrecht des Commissionärs zu begründen, wie dies ja auch bei dem Faustpfand der Fall ist. Art. 2076. Dies muß um so mehr gelten, als der Commissionär überhaupt nur für einen Dritten besitzen kann, sein Vorzugsrecht daher gar nicht statt findet, wenn man nicht die Innhabung für hinreichend hält.

3) Folgender Fall kam bei dem Großherzogl. Stadtamt Mannheim zur Sprache: Rauch in Heilbronn kaufte von Mohn in Bergen (Schweden) 202 Tonnen Thran, und ermächtigte ihn, für den Betrag auf Gehrt in Altona zu ziehen. Dieser stand schon seit längerer Zeit mit Rauch in Verbindung, und nahm daher keinen Anstand, die von Mohn gezogenen Wechsel zu acceptiren. Der Thran wurde von Bergen nach Rotterdam an Eckstein, von diesem nach Cöln an Gebr. Koch gesendet, welche ihn durch den Schiffer Müßig nach Mannheim an Rosenfeld, Müller und Glock verluden. Unterdessen gerieth Rauch in Gant; Gehrt in Altona, gezwungen die acceptirten Wechsel zu zahlen, benahm sich mit dem Absender Mohn in Bergen, und veranlaßte ihn, den Thran durch Vermittlung von Eckstein und Gebr. Koch bei Rosenfeld in Mannheim zurückhalten zu lassen, in der Absicht, das Vorzugsrecht des Verkäufers geltend zu machen. Die Rauch'sche Gantmasse konnte aber durch die Correspondenz nachweisen, daß Mohn durch die auf Gehrt gezogenen, von diesem acceptirten und bei Verfall bezahlten Wechsel den Kaufpreis erhalten habe, mithin sein Vorzugsrecht erloschen sei. Schwierig war jedoch, die Herausgabe der Waare zu erwirken, wenn man nicht gegen den Absender in Bergen klagen wollte. Es wurde zunächst eine Klage gegen Rosenfeld auf Herausgabe der 202 Tonnen Thran angestellt, und zugleich ein Arrest erwirkt. Die Beklagten antworteten, daß sie nur aus Auftrag der Gebr. Koch in Cöln handelten, daß sie daher nicht die rechten Beklagten seien. Nach französischem Proceßrecht wäre es nun möglich gewesen, diese mit in Streit zu setzen, und mittelst eines einzigen Urtheils den Proceß gegen den ersten Beklagten und seine Gewährsmänner entscheiden zu lassen. Art. 181, 184 code de pr. Bei uns mußte aber nach §. 119—21 der Proceßordnung verfahren werden. Die Gantmasse zog daher vor, den Proceß in Mannheim ruhen zu lassen, und die Gbr. Koch in Cöln zu belangen. Diese beriefen sich wieder auf Eckstein in Rotterdam, nach dessen Auftrag sie gehandelt hätten; letzterer wurde aber nach französischem Verfahren mit in Streit gesetzt, und als er sich auf Mohn berief, auch dieser. So kam die Sache in Cöln zur Entscheidung, die unzweifelhaft zu Gunsten der Rauchschen Gantmasse ausfallen mußte, weil der Verkäufer bezahlt war, und keinen Grund hatte, die Waare zurückzuhalten. Hätte aber Gehrt nicht in diesem Processe interveniren, und auf den Grund des Art. 1251. Nr. 3 behaupten können, er habe vermöge der Acceptation der Wechsel sich verbindlich gemacht, die Schuld des Rauch zu zahlen, und sei mittels der geleisteten Zahlung in die Rechte des Gläubigers eingetreten, er habe daher dasselbe Vorzugs- und Rückforderungsrecht, welches dem Verkäufer zustand? Mir scheint, daß eine derartige Intervention allerdings von Erfolg gewesen wäre.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 25. Karlsruhe, den 19. Juni 1847.

I.

Entscheidungen der französischen Gerichte.

Collision der Vorzugsrechte des Verkäufers und des Zwischenhändlers.

(Schluß.)

4) Garavini in Algier beauftragte Sievelking in Marseille, ihm eine Ladung italienisches Getreide zu verschaffen. Dieser gab diesen Auftrag an Peterson in Neapel, welcher sich an Falconnet und Comp. daselbst wendete, und erst diesen gelang es, eine Ladung Getreide von den Gebrüdern Rocca in Burletta zu kaufen. Es wurde verabredet, daß Rocca das Getreide direkt nach Algieran Garavini, welcher als Correspondent von Falconnet und Comp. bezeichnet wurde, versenden, dagegen das Conossement an die Ordre von Falconnet stellen sollte. So geschah es auch. Das Conossement wurde an Peterson, von diesem an Sievelking und von diesem an Garavini indossirt, und zugleich auch die Zahlung geleistet; nur Falconnet und Comp. blieben den Kaufpreis an Rocca schuldig, und fallirten vor Ankunft des Getreides in Algier. Die Verkäufer stellten sogleich die Rückforderungsklage aus Art. 577 (241) an, und erwirkten ein günstiges Urtheil des Handelsgerichts von Algier; aber die Cour royale daselbst wies die Klage ab. Hiergegen wurde Cassation gesucht, und auch erkannt. 11. Februar 1840. *Sirey* 1840. I. 565—568.

Nach Art. 578 findet freilich die Zurücknahme der Waaren nicht mehr statt, wenn der Käufer sie „sur facture et connaissement" verkauft hat. (In unserer Uebersetzung Art. 242 heißt es dagegen: „auf Einkaufsverzeichniß oder Frachtbrief", vergl. Lauckhardt. Rechtsfälle. 3. Band S. 434. In dem obigen Fall war aber keine Faktura von Falconnet an Peterson übergeben worden; deßwegen nahm der Cassationshof an, der Verkauf entspreche nicht dem Art. 578, es finde also die Zurücknahme statt. Pardessus Nr. 1290 ist derselben Ansicht, und führt als Grund dafür an, daß die Uebergabe der Faktura als symbolische Uebergabe der Waare selbst gelte, wie das z. B. auch nach unserm Art. 2010 d. bei Anweisungen auf bestimmte Waaren statt findet. Der Besitz des Conossement allein berechtige aber den Inhaber nur, die Waare von dem Schiffscapitän in Empfang zu nehmen. Mir scheint aber, daß in dem vorliegenden Fall, wo Falconnet zwar im eigenen Namen aber für Rechnung eines Andern kaufte, die Waare sogleich nach dem Kaufabschluß Eigenthum des Mandanten wurde, daß also, da nach Art. 578 die Zurücknahme der Waare nicht statt findet, wenn der Käufer sie nachher weiter verkauft hat, dies um so mehr dann eintreten muß, wenn er sie überhaupt nicht für eigene, sondern für dritte Rechnung eingekauft hat. Diesem Argument begegnet der Cassationshof mittelst der Bemerkung, daß in dem Kaufvertrag zwischen Rocca und Falconnet ausdrücklich Garavini als Correspondent des letztern, mithin als dessen Mandatar, bezeichnet, und in dem Indossament auf diesen Kaufakt Bezug genommen worden sei. Der Cassationshof sah also in Garavini nur einen Commissionär des Falconnet. In diesem Fall konnte Garavini zwar das Vorzugsrecht des Art. 93 ansprechen, weil er den Werth der Waaren bereits bezahlt hatte, und durch das Conossement darthun konnte, daß ihm die Waare zugesendet sei; aber die Entscheidung mußte nach den oben Nr. 1 entwickelten Grundsätzen gegen ihn ausfallen. Es läßt sich jedoch das Bedenken erheben, daß ein Correspondent nicht gerade ein Mandatar ist, sondern überhaupt ein Geschäftsfreund, der in irgend einem Rechtsverhältniß mit dem Andern stehen kann, weßhalb ich es

nicht gerechtfertigt finde, wenn die Entscheidung von diesem Wort abhängig gemacht wurde. Nocea hatte die Waare abgesendet, ohne Zahlung von Falconnet erhalten zu haben; er hat also diesem Credit gegeben. Da nun sein Schuldner fallirte, so mußte er die Folge tragen, nicht aber ein Dritter, dem dieses ganze Verhältniß unbekannt war, und der, indem er die Waare zahlte, nur eine Verbindlichkeit, die ihm als Mandant oblag, erfüllte.

Dr. Ladenburg.

II.

Grenzberichtigung.*)

1) Kann derjenige Grundeigenthümer, dessen Grundstück das im Lagerbuche bezeichnete Maaß nicht enthält, von seinem Nachbar, welcher Uebermaaß besitzt, schon darum das zur Ergänzung seines Mindermaaßes nöthige Grundeigenthum verlangen?

2) Wenn mit der hierauf gerichteten Klage das Gesuch um Setzung von Grenzmalen auf der hiernach berichtigten Grenze — verbunden ist, kann dann §. 1175. Nro. 3. Proceßordnung zur Ermittlung der Apellationssumme angewendet werden?

3) Können auch Eigenthümer nicht anstoßender Grundstücke jene Klage miterheben?

1.

Die Pfarrei D. ist Eigenthümerin eines Ackers in der Feldgewann „Brückleacker und Holderland"; die übrigen, diese Gewann bildenden Aecker gehören 8 Bürgern von D. zu.

Die Pfarrei behauptete, der Besitzstand der einzelnen Eigenthümer stimme nicht vollkommen mit dem in dem Lagerbuche aufgeführten Flächenmaaß der einzelnen Aecker überein und außerdem enthalte die Gewann, wenn man auch der Pfarrei vorweg den lagerbuchmäßigen Gehalt und damit 35 Ruthen mehr, als sie besitze, zutheile, doch noch 1 Viertel 10 Ruthen mehr Bodenfläche, als der lagerbuchmäßige Gehalt sämmtlicher Aecker betrage.

Die Pfarrei — von der Ansicht ausgehend, daß jedem Ackerbesitzer sein im Lagerbuche aufgeführtes Maaß zuzumessen, sodann das noch verbleibende Gewannübermaaß unter sämmtliche Ackerbesitzer nach Verhältniß der lagerbuchmäßigen Größe ihrer Aecker vertheilt werden müsse, trat nun mit einer Klage gegen die übrigen Eigenthümer der Acker in der Gewann auf und verlangte, daß zu ihrem bisherigen Besitzstand ihr:

a) die 35 Ruthen, welche sie weniger besitze, als ihr nach dem Lagerbuch gehören,

und dann noch;

b) an dem Uebermaaß verhältnißmäßiger Antheil zugewiesen, endlich daß

c) auf der hierdurch ermittelten Grenzlinie zwischen dem Pfarracker und dem Grundstücke des unmittelbaren Nachbars Rudolph Bl.. Grenzsteine gesetzt werden.

Der Unterrichter versagte jedoch die Ladung auf diese Klage und dessen Erkenntniß wurde vom Großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises (II. Civ. Sen.) aus folgenden Gründen bestätigt:

„In der Klage ist angeführt, daß sowohl die Pfarrei als die übrigen Eigenthümer der in den genannten Gewannen liegenden Grundstücke theils weniger, theils mehr Maaß besitzen, als ihre Liegenschaften nach dem Grund- und Lagerbuch haben sollten; hiernach sind also die Grenzen ihres Eigenthums bestimmt und bekannt und keineswegs verwirrt, d. h. keineswegs von jeher nicht ermittelt oder vorübergehend unbekannt.

Es handelt sich also hier bei dem ersten Gesuche nicht um Grenzscheidung, sondern um Berichtigung angeblich unrichtiger Grenzen.

Diese Berichtigung kann aber und soll dadurch geschehen, daß der Klägerin ein Theil von dem Besitzthum

---

*) Brauer, Erläuterungen T. IV. p. 309 e. — 311.
J. B. n. F. V. p. 580.
Blätter für Justiz und Verwaltung T. II. p. 303—317.
Puchta gerichtliche Klagen §. 141 ff.
Mühlenbruch, Pandecten Recht 2. Auflage §. 420. 422.
v. Wening Ingenheim 4. Auflage T. II. Buch III. §. 182. 185. 187.
Thibaut, Pandectensystem (7. Ausgabe) §. 576. im Eingang und Note n §. 215.
v. Vangerow, Pandecten T. III. p. 464.—468.
Zachariä, fr. Civilrecht §. 238. und Noten.
Toullier T. III. §. 175. 176. vergl. 178.
Duranton, cours de droit français III. §. 269; Pardessus traité des servitudes §. 118. 122. p. 120. Col. 2. §. 121.

Anderer zugeschieden wird. Um dies zu erwirken, genügt es jedoch keineswegs, zu behaupten und nachzuweisen, daß auch die Andern nicht das richtige Maaß — sei es nun zu viel oder zu wenig — haben, sondern es mußte das Begehren durch eine förmliche Zueignungsklage begründet werden, also nicht bloß behauptet worden sein, daß der (oder die) Beklagte zu viel besitze, sondern auch daß und warum die Klägerin auf diesen Mehrbesitz Eigenthumsanspruch habe.

Das 2. Klagegesuch setzt eine, wenn auch nur zufällig eingetretene Gemeinschaft voraus. Diese besteht aber nach dem Inhalt der Klagschrift unter den Partheien keineswegs, da jeder für sich einen bestimmten Antheil an den bezeichneten Gewannen als sein ausschließliches Eigenthum besitzt. Wenn nun auch einzelne Eigenthümer mehr besitzen, als ihre Grundstücke nach den öffentlichen Büchern Maaß haben sollten, so haben um deßwillen allein — die übrigen in umgekehrtem Falle sich befindenden Eigenthümer noch keinen Anspruch auf den Mehrbesitz derselben, vielmehr hätten sie den Titel dieses ihres Anspruchs auf fremdes Besitzthum vorerst anzugeben.

Einzelnen Uebergriffen der Nebenlieger kann jeweils gesteuert, auch denselben durch Vermarkung der bestehenden Grenzen vorgebeugt, keineswegs aber durch die Möglichkeit solchen Unfugs das Begehren begründet werden, mit Hintansetzung des Besitzstandes den Inhalt der Eigenthumsurkunden zu verwirklichen, und das um so weniger, als die geometrischen Vermessungen je nach Befähigung des Geschäftsfertigers oder der Achtsamkeit seiner Gehilfen oder nach der größeren oder geringeren Schwierigkeit, welche in der Oertlichkeit liegt, nicht stets übereinzutreffen, und über jede Irrung erhaben zu sein pflegen, was auch in dem Gesetzartikel 1617—1619. 1623. stillschweigend anerkannt ist.

Das 3. Gesuch, gegenüber dem Rudolph Bl. gestellt — findet zwar im Allgemeinen in

L. R. S. 646

seine Begründung; allein da die Grenzvermarkung nicht auf der, durch den Besitz zwischen beiden Grundstücken geregelten Linie, sondern auf jener in das Eigenthum des R. B. vorgerückten stattfinden soll, ohne daß Klägerin ein Recht zu dieser, ihren Nachbar beeinträchtigenden Verlegung der Grenze nachgewiesen hat, so ist auch dieses Begehren, so wie es gestellt ist, unstatthaft.

Hiernach ist Klägerin durch den unterrichterlichen Bescheid nicht beschwert."

Gegen das hofgerichtliche Erkenntniß führte die Klägerin das Rechtsmittel der Oberappellation ein und aus. Sie hatte zwar den Werth der oben unter a erwähnten 35 Ruthen und des Ganzen unter b bezeichneten Uebermaaßes von 1 Viertel 10 Ruthen (woran sie übrigens selbst wieder nur einen kleinen verhältnißmäßigen Antheil verlangte) zusammen nur auf 200 fl. angegeben, allein um der Oberappellation Eingang zu verschaffen, behauptet, den Gegenstand des Streites bilde die Grenzberichtigung zwischen sämmtlichen Aeckern der Gewann Brückleacker und Holderland, welche zusammen weit über 1000 fl. werth seien, die Grenzberichtigungspflicht werde aber arg.

L. R. S. 646

als eine Grunddienstbarkeit betrachtet und daher nach §. 1175 Nr. 3 der Proceßordnung die Oberappellationssumme als vorhanden angenommen werden müssen, die aber auch schon wegen des Werthes des Ackers der Pfarrei oder wegen des Werthes des unmittelbar an den Pfarracker stoßenden Ackers des einen der Beklagten vorhanden sei, zwischen welchen beiden Aeckern, deren jeder einen Werth von 500 fl. habe, nach dem Klagbegehren Grenzsteine gesetzt, also nach L. R. S. 646 ein Dienstbarkeitsverhältniß geordnet werden solle.

Das großherzogliche Oberhofgericht (I. Sen.) verwarf jedoch die ergriffene Oberapellation als unzulässig, da es an der in §. 1239 Proceßordnung festgesetzten Oberappellationssumme fehle, indem es ausführte:

„Die specielle auf Rechtsstreite wegen Grunddienstbarkeiten beschränkte Vorschrift des §. 1175 Nr. 3 der Proceßordnung kann auf die vorliegende Klage nicht ausdehnend angewendet werden, insoweit mit dieser Klage Ansprüche auf ein gewisses Gütermaaß und auf Vertheilung des in der Klage genau bezeichneten Gewannübermaaßes unter sämmtliche Gewanngenossen geltend gemacht werden, denn in dieser Beziehung hat die Klage auch nicht die geringste Aehnlichkeit mit einer aus einem Grunddienstbarkeitsverhältniß entspringenden, mag man sie nun, wie der Kläger in erster Instanz gethan hat, als eine aus einer s. g. Communio incidens entstandenen, oder wie der Kläger in zweiter Instanz darthun wollte, als eine Klage betrachten, welche den Vollzug eines unter den Gewanngenossen über

die Vertheilung der Gewannäcker abgeschlossenen Vertrags beabsichtiget. In einem, wie in dem andern Falle handelt es sich nicht um Grunddienstbarkeitsrechte, im Sinne der Land-Rechtssätze 637—639 und folgende, somit um keine Rechte, auf welche die singuläre Vorschrift des §. 1175 Nr. 3 der Proceßordnung anwendbar wäre.

Es hat nun freilich die klagende Pfarrei in dem Klagbegehren, jedoch nur gegenüber einem der acht Beklagten, nämlich gegenüber ihrem Nachbarn Rudolph Bl. — auch verlangt, daß dann, wenn ihr das in der Klage verlangte Gütermaaß zugesprochen sein werde, zwischen ihrem und ihres Nachbarn Rudolph Bl. Acker Grenzmale gesetzt werden sollen, und dieses Begehren würde sich nach Land-Rechtssatz 646 allerdings auf ein Dienstbarkeitsrecht gründen, auf welches §. 1175 Nr. 3 der Prozeßordnung anwendbar wäre, wenn man dieses Begehren von dem ganzen übrigen Klaginhalt trennen und — für sich allein bestehend als einen Streitpunkt betrachten könnte — und unter dieser Voraussetzung müßte dann die von der klagenden Pfarrei sämmtlichen Beklagten (mit Ausnahme des Rudolph Bl.) gegenüber ergriffene Oberappellation wegen mangelnder Summe als unstatthaft verworfen, die dem Rudolph Bl. gegenüber ergriffene Oberappellation aber, insoweit diese sich auf das Begehren stützt, daß zwischen den Aeckern der Klägerin und des Rudolph Bl. Grenzmale nach Land-Rechtssatz 646 gesetzt werden, insoweit also die Klage allein aus einem Dienstbarkeitsrecht entstanden, angesehen werden könnte, zugelassen werden.

Ein solcher Streitgegenstand ist aber das in dem Klaggesuch mit aufgenommene Verlangen, daß zwischen den fraglichen Aeckern Grenzmale gesetzt werden sollen, nicht. Diese Grenzmalsetzung verlangt nämlich die Klägerin nicht unmittelbar, sondern nur als eine sich von selbst verstehende Folge, wenn nach ihrem Begehren die Grenze ihres Eigenthums über ihren jetzigen Besitzstand hinausgerückt worden sei.

Wenn aber ihre Eigenthumsklage abgewiesen ist, respective, wenn in dieser Beziehung das die Klage abweisende hofgerichtliche Urtheil vom 30. April 1845 wegen unzulässiger Oberappellation als rechtskräftig angenommen werden muß, so besteht auch keine Grenzbezeichnungsklage mehr; denn nur dann will die Klägerin auf der von ihr bezeichneten Linie Grenzmale haben, wenn ihr das Eigenthum bis an diese Linie, also noch anderes Besitzthum als ihr jetziges zugesprochen wird. Der Anspruch auf jenes Besitzthum ist der Streitgegenstand, die Grenzsteinsetzung nur Folge, wenn die Klägerin im Streit selbst siegt.

„Der eigentliche Streitpunkt," sagt die Klage selbst, „bezieht sich darauf, daß dem Pfarracker zum Voraus 3 Viertel 4 Ruthen urkundliches Flächenmaas (statt 2 Viertel 87⁴/₁₀ Ruthen) zugeschieden wird; die Setzung der Grenzsteine wird nur als Folge des Streits (über die Größe des Eigenthums) und bis zu seiner Erledigung verweigert.

Der eigentliche Streit betrifft sonach nur das Eigenthum beziehungsweise die Größe des Pfarrackers."

2.

Nicolaus St., Martin G. und Johann S. von Weiler, welche in der Gewann „Bezirkswaldwingert" Güter besaßen, erhoben eine Klage gegen einen der übrigen Güterbesitzer in jener Gewann, Jacob M., welche sie durch die Behauptung begründeten, derselbe besitze Uebermaaß; die einzelnen Güterstücke in jener Gewann seien aber nicht durch Grenzmale geschieden, deßhalb sei von sämmtlichen Güterbesitzern in jener Gewann die Uebereinkunft getroffen worden, die Güter vermessen und absteinen zu lassen; hierzu wolle sich aber der Beklagte nicht herbeilassen, weßhalb gebeten werde, ihn für schuldig zu erkennen, er habe sein Grundstück im „Bezirkswaldwingert" im Maaß von 27 Ruthen auf den Grund der vorhandenen Lager- und Zinsbücher auf gemeinsame Kosten mit den Klägern zu berainen und durch Grenzmale zu bezeichnen.

Gegen das Erkenntniß des Amts Hoffenheim zu Sinsheim, welches die Kläger unter Verurtheilung in die Kosten abwies, ergriffen diese das Rechtsmittel der Appellation. Das Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Sen.) bestätigte jedoch das unterrichterliche Erkenntniß aus folgenden Gründen:

Der Landrechtssatz 646 räumt dem Eigenthümer gegenüber seinem Grenznachbar hinsichtlich der an einander stoßenden Grundstücke das Recht ein, die Ausscheidung durch Grenzmale zu fordern. Dieses — das gegenseitige Eigenthum belastende, daher unter dem Titel

von den Grunddienstbarkeiten aufgeführte Recht kann auf entfernter liegende Eigenthümer nicht ausgedehnt werden (Landrechtssatz Nr. 544); es wäre denn behauptet, daß das Eigenthum der Letzteren sich über das Gebiet des Zwischenliegers hinaus erstrecke, in welchem Falle allein von aneinanderstoßenden Grundstücken die Rede sein könnte; dieses ist aber in der Klage nicht behauptet. Zwar wird von manchen Rechtslehrern angenommen, daß im Falle einer völligen Grenzverwirrung einer Gemarkung oder eines Distrikts die Klage sich nicht auf die nächsten Nachbarn beschränke, und ein solcher Zustand ist in der Klage behauptet, indem angeführt wird, daß sämmtliche Besitzer der in Frage liegenden Gewanne mit Ausnahme des Beklagten sich auf eine neue Vermessung und Berainung vereinigt hätten. Allein abgesehen von der Frage, ob zu Folge des Obenbemerkten nach badischem Rechte eine solche Klage statthaft wäre, so erkennen die Rechtslehrer selbst an, daß diese Klage mehr die Natur einer Klage auf Gemeinheitstheilung an sich trage und daraus folgt, daß sie nicht von einzelnen Betheiligten, sondern nur von Allen gegen den sich Wiedersetzenden angestellt werden kann (arg. Landrechtssatz 577 bb. und bd.), aus dem natürlichen Grunde, weil ohne Ausmittelung aller Antheile ein fester Rechtszustand, wie ihn das Gesez bezweckt, nicht herbeigeführt werden kann (Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 143). Mit Recht hat daher der Unterrichter angenommen, daß die beiden entfernter liegenden Grundbesitzer Martin G. und Johann S. zur Klage nicht berechtigt seien.

Aber auch von Seite des nächsten Nachbars Nicolaus St. ist die Klage nicht begründet. Da nämlich unbestritten ist, daß der Beklagte sich im Besitze seines jetzigen Maaßgehaltes befinde, somit nach Landrechtssatz 544 l. die Vermuthung des Eigenthumes für diesen Umfang streitet, so ist die Klage, wodurch ihm ein Theil desselben entzogen werden soll, eine wahre, nur mit der Bitte um sofortige Grenbezeichnung kumulirte Vindication (Puchta §. 142), und diese kann nur durch Thatsachen begründet werden, aus denen unzweifelhaft folgt, daß der Kläger Eigenthümer eines bestimmten größeren Maaßes sei, als er besitze, und daß der Angrenzer es sei, der dieses Mindermaaß inne habe. Solche Thatsachen sind aber in der Klage nicht behauptet, und selbst nicht, wenn man auch eine nachträgliche Klagbegründung in zweiter Instanz als zulässig annehmen wollte. Ist es nämlich richtig, was Kläger anführt, daß auf der ganzen Gewann die Grenzen nicht allein wegen fehlender Grenzmale, sondern dergestalt in Verwirrung gerathen sind, daß eine Vermessung auf den Grund der Rechtstitel allseitig für nöthig befunden wurde, so folgt daraus, daß sowohl Kläger als der Beklagte auch gegenüber ihren anderseitigen Nachbarn keine bestimmte Grenzen haben; und ist dies der Fall, so läßt sich aus dem Mindermaaß des Klägers in Vergleich mit dem Uebermaaß des Beklagten noch keineswegs schließen, daß Kläger sein Mindermaaß gerade an den Beklagten zu suchen habe, vielmehr mußten zur Begründung der Klage Thatsachen behauptet werden, woraus folgt, welcher bestimmte Antheil an der Gewann jedem Besitzer und aus welchem Rechtstitel er ihm zukomme, da erst hieraus ein richtiger Schluß auf den Antheil des Klägers gezogen werden könnte. Solche Thatsachen sind aber lediglich nicht angeführt, daher auch vom Fragrecht kein Gebrauch gemacht werden konnte, und selbst angenommen, die Anerkennung des von Richteramtswegen erhobenen Plans, der die ganze Gewann zu umfassen scheint, ergänze die Bezeichnung der Antheile, so fehlt es noch immer an der Angabe der Besitztitel der verschiedenen Theilhaber.

Die an sich ganz mangelhafte Klage zerstört sich demnach durch sich selbst.

Stempf.

III.

Ueber das Recht der badischen Grundherren auf volle Entschädigung aus der Staatskasse für die Aufhebung nutzbarer Rechte, Abgaben oder Gefälle.

Die landesherrliche Declaration vom 22. April 1824. (Reggsbl. Nr. XI.), über die Rechtsverhältnisse der zum ehemalig unmittelbaren Reichsadel gehörigen badischen Grundherrn, besagt in §. 25:

„Den Grundherren wird die Versicherung ertheilt, daß in Zukunft keine Abgaben, nutzbaren Rechte oder Gefälle, in deren Bezug sie sich gegenwärtig befinden, weder unter dem Titel eines Landeshoheitsgefälls, noch einem sonstigen wie immer gearteten Grunde aufgehoben werden sollen, ohne daß ihnen dafür volle Entschädigung aus der Staatskasse geleistet werde."

Bekanntlich traten schon vor längerer Zeit mehrere Grundherrn klagend gegen die Großherzogliche Staatskasse auf, indem sie behaupteten, die Entschädigung, welche bei Aufhebung der Blutzehnten, der Neubruchzehnten und Herrenfrohnden durch die betreffenden Gesetze zuerkannt worden, sei keine volle, weßhalb sie auf den Grund des erwähnten §. 25 das Fehlende von der Großh. Staatskasse verlangten.*) Es wurde zwar schon in diesen Rechtsstreiten die Frage erörtert, ob jener §. 25 sich nur auf staatsrechtliche, oder auch auf privatrechtliche Nutzungen und Rechte beziehe, allein sie wär hier darum von geringerem praktischen Interesse, weil die Rechte, von denen es sich damals handelte, unzweifelhaft zu denjenigen gehörten, welche durch Art. 14 der Bundesacte und den angeführten §. 25 in besondern Schutz genommen werden sollten. Ueberdieß sind diese Rechtsstreite zur Zeit noch nicht endgültig entschieden.

In neuerer Zeit wurde nun aber eine Klage erhoben, welche in mehrfacher Beziehung weiter geht, als jene früheren Klagen. In dieser Klage handelt es sich nämlich um ein durch die Gesetzgebung aufgehobenes Privatrecht, hinsichtlich dessen ein Zusammenhang mit der Grundherrlichkeit nicht behauptet war; und es begnügte sich der Kläger nicht, wie seine Vorgänger, damit, den Unterschied zwischen der gesetzlichen und der vollen Entschädigung von der Staatskasse zu verlangen, sondern er forderte von ihr den ganzen Entschädigungsbetrag, ohne sich vorher an den zufolge des Gesetzes Entschädigungspflichtigen gewendet zu haben. Hier war daher nicht nur die Frage unbedingt entscheidend, ob der §. 25 sich auf reine Privatrechte beziehe, sondern es kam dazu noch die, in den ältern Rechtssteiten nicht entstandene, Frage, ob die Staatskasse auch dann wegen der Entschädigung für aufgehobene Rechte unmittelbar angegangen werden könne, wenn das Aufhebungsgesetz einen Dritten für entschädigungspflichtig erklärt habe, und ob sie nicht nur für die Differenz, welche etwa zwischen der gesetzlich eingeräumten Entschädigung und dem vollen Werthe des aufgehobenen Rechts bestehen könne, sondern für den ganzen Betrag der Entschädigung haftbar sei. Die hierüber in dem erwähnten Rechtsstreite gepflogenen Erörterungen, sowie die gerichtlichen Entscheidungen werden, der großen praktischen Wichtigkeit jener Frage wegen, nicht ohne Interesse vernommen werden.

*) S. die Annalen VII. S. 217, 253, 348. X. 379. Oberhofg. Jahrb. VI., 315. VIII., 189.

Die Grundherrschaft Rüdt von Collenberg zu Bödigheim behauptete in ihrer Klage, sie habe seit unvordenklicher Zeit das ausschließliche Schaafwaiderecht in den Waldungen der Gemeinde Bödigheim besessen. In Folge des neuen Forstgesetzes §§. 36, 100 sei ihr aber die fernere Ausübung dieses Rechts untersagt worden. Nach §. 102 dieses Gesetzes habe nun zwar der Berechtigte für den Verlust, den er durch diese Beschränkung seines Rechts erleide, von dem Waldeigenthümer eine verhältnißmäßige Entschädigung anzusprechen. Allein mit dieser gesetzlichen Bestimmung habe man wohl nur den gewöhnlichen Fall im Auge haben können, daß die Entschädigungsverbindlichkeit demjenigen obliege, welchem aus der Abstellung jener Belastung voraussichtlich auch allein der Vortheil erwachsen würde; keineswegs könne aber damit etwas für den Fall bestimmt sein, wenn der Berechtigte seine Entschädigung gegen einen andern Dritten auf rechtlichen Grnnd verfolgen zu können glaube, indem man mit jener gesetzlichen Bestimmung wohl habe beabsichtigen können, Rechte zu begründen, nicht aber, erworbene Rechte zu schmälern. In diesem Fall sei Klägerin, indem sie ihre Ansprüche wegen Entschädigung für das ihr entzogene Waidrecht gegen die Großherzogliche Staatsregierung, und zwar auf den Grund der Vereinbarung welche in Form einer landesherrlichen Declaration vom 22. April 1824 verkündet sei, zu verfolgen gedenke. Diese sichere in §§. 25, 26 volle Entschädigung aus der Staatskasse für alle aufzuhebenden nutzbaren Rechte der Grundherren zu. Als Vertrag könne sie, gleich einem speciellen Gesetze, durch ein späteres allgemeines nicht aufgehoben werden. Bei der in den Worten liegenden größtmöglichen Ausdehnung auf alle und jede nutzbare Rechte der Grundherren und jegliche Art ihrer Aufhebung könne kein Zweifel darüber enstehen, daß auch die Entziehung der Waldwaide durch das Forstgesetz zu jener vertragsmäßigen vollen Entschädigung aus der Staatskasse sich eigne. Diese Entschädigung würde daher gefordert.

Der Großherzogl. Fiskus gab dem §. 25 eine andre Auslegung. Er bemerkte:

1) Bei Auslegung der Declaration müsse man stets von dem Grundsatze ausgehen, daß dadurch das Maaß

der Privilegien, welche der Art. 14 der deutschen Bundesakte den vormaligen Reichsrittern gewährte, nicht habe überschritten werden sollen. Diese Privilegien seien, als Ausnahmen von der verfassungsmäßigen Rechtsgleichheit aller Staatsangehörigen, streng auszulegen; eine Aenderung oder gar Erweiterurg derselben hätte nur im Wege der Gesetzgebung, nicht durch eine Vereinbarung oder landesherrliche Declaration, Statt finden können. Daß aber eine Ueberschreitung der in Art. 14 der B. A. eingeräumten Privilegien nicht beabsichtigt gewesen, müsse man um so mehr annehmen, als der Eingang der Declaration ausdrücklich besage, daß das künftige staatsrechtliche Verhältniß des vormaligen Reichsadels „auf eine dem Art. 14 der B. A. genügende" (somit jedenfalls auf eine diesen Artikel nicht überschreitende) mit den bestehenden allgemeinen Staatseinrichtungen in Einklang stehende Weise durch die Declaration bestimmt werden sollte.

2) Gegenstand der Declaration sei, nach der ausdrücklichen Erklärung ihres Eingangs, die Bestimmung „der künftigen staatsrechtlichen Verhältnisse" der vormaligen Reichsritter gewesen, nicht die ihrer rein privatrechtlichen Verhältnisse. Dieß erkläre sich aus der historischen Entwicklung des Rechtszustandes der vormaligen Reichsritter. Zur Zeit des deutschen Reichs seien sie hinsichtlich ihrer privatrechtlichen Verhältnisse von jeher den allgemeinen Reichsgesetzen unterworfen gewesen; zur Zeit der Abfassung der D. B. A. hätten sie, als Angehörige civilisirter, jedem Privatrechte den ihm gebührenden Schutz gewährender Staaten, eines besondern Schutzes des Bundes hinsichtlich ihrer privatrechtlichen Verhältnisse in keiner Weise bedurft. Ihre Mediatisation habe in dieser Beziehung ihre rechtliche Stellung in nichts geändert; wie früher der Reichsgesetzgebung, so seien sie jetzt der Gesetzgebung der betreffenden souveränen Staaten unterworfen gewesen. Ein Mißbrauch der gesetzgebenden Gewalt in Schaffung eigens den Privatrechten der vormaligen Reichsritter nachtheiliger Gesetze (odioser Privilegien) sei nicht zu besorgen gewesen. Anders habe es sich verhalten mit den staatsrechtlichen Verhältnissen der ehemaligen Reichsritter zu denjenigen Staaten, deren Unterthanen sie geworden waren. In dieser Beziehung sei die Rathsamkeit, wenn nicht Nothwendigkeit eines besondern, über der Gewalt der einzelnen Bundesstaaten stehenden Schutzes nicht zu verkennen gewesen. Kein Staat könne in vollem Maaße seine Zwecke erreichen und folglich seine Bestimmung erfüllen, der nicht auch die volle Gewalt besitze, welche nach Rechtsgesetzen dem Staate zustehe. Sei nun aber mit der Setzung des Staats, wie er sein solle, auch zugleich das Streben, in vollem Maaße seine Bestimmung zu erfüllen, gegeben, so müsse mit Nothwendigkeit auch ein Streben des Staats, die von ihm abgelösten Befugnisse der Staatsgewalt wieder an sich zu ziehen, erwartet werden. Mit gutem Grunde hätten daher die Stifter des deutschen Bundes erwarten dürfen, daß über kurz oder lang in einzelnen Bundesstaaten ein Streben sich kund geben werde, die Reste von Rechten der Staatsgewalt, welche man den vormaligen Reichsrittern bei Gründung der Bundesakte belassen wollte, an sich zu ziehen. Es sei demnach rathsam, wenn nicht nothwendig, gewesen; diese staatsrechtliche Befugnisse in der B. A. zu bestimmen und damit zugleich gegen jeglichen Eingriff der Gesetzgebung der einzelnen Staaten unter den Schutz des Bundes zu stellen. So komme es, daß der Art. 14 der B. A. nur staatsrechtliche Befugnisse der Mitglieder des vormaligen Reichsadels zum Gegenstand habe, und daß die, zum Vollzuge des Art. 14 bestimmte landesherrliche Verordnung (Declaration) vom 22. April 1824 in ihrem Eingang ausdrücklich sage, daß ihre Bestimmung keine andere sei, als „die künftigen staatsrechtlichen Verhältnisse" des ehemaligen Reichsadels im Großherzogthum festzustellen.

3) Unter den Abgaben, nutzbaren Rechten und Gefällen, deren der § 25 der Declaration gedenke, seien folglich nur solche Abgaben u. s. w. zu verstehen, welche die Grundherren als solche, kraft ihrer staatsrechtlichen Privilegien zu beziehen hätten. Denn die Grundherrlichkeit sei nichts anders, als der Inbegriff derjenigen Ehrenvorzüge und staatsrechtlichen Privilegien, welche als Rest der früheren Landesherrlichkeit dem vormals reichsunmittelbaren Adel verblieben seien. Hinsichtlich solcher Abgaben u. s. w., welche lediglich privatrechtlicher Natur seien, welche jeder andere Staatsbürger eben so wie die Grundherren erwerben und besitzen könne, habe die Großh. Staatsregierung nicht einmal eine Veranlassung gehabt, die Grundherrn besonders zu privilegiren, geschweige daß sie solches gewollt oder gekonnt habe. Die staatsrechtliche Natur der Abgaben u. s. w. sei so sehr der vorherrschende Gedanke bei Abfas-

sung des §. 25 gewesen, daß zunächst die Idee der Möglichkeit ihrer Aufhebung „unter dem Titel eines Landeshoheitsgefälls" sich dargeboten habe, wovon bei rein privatrechtlichen Gefällen gar nicht die Sprache hätte sein können. Und wenn dann zu mehrerer Sicherstellung der Grundherren noch beigefügt worden „aus einem sonstigen wie immer gearteten Grunde", so sei daraus kein Schluß abzuleiten, daß man auch Gefälle andern, als staatsrechtlichen Charakters dabei im Auge gehabt habe, da ja auch für die Aufhebung staatsrechtlicher Gefälle andre Gründe, als eben nur der, daß das Gefäll aus der Landeshoheit entspringe, sich denken ließen, wie z. B. Gemeinschädlichkeit oder Mißbrauch.

4) Schlimmsten Falls dürfe dem §. 25 nur die Auslegung gegeben werden, daß die Staatskasse den Grundherrn volle Entschädigung garantire, demnach mit ihren Mitteln erst dann einzutreten habe, wenn ein, Abgaben 2c. der Grundherren aufhebendes Gesetz die Grundherren beschädige d. h. nicht für vollen Ersatz des Geldwerths der Abgaben sorge. Denn jede Entschädigungsverbindlichkeit setze für ihren Eintritt eine Beschädigung voraus, welche im rechtlichen Sinne nicht vorliege, wo für ein aufgehobenes Vermögensrecht vollständiger Ersatz gewährt werde. Die Klägerin habe sich daher wegen Ersatzes für ihr aufgehobenes Waldwaiderecht gemäß §. 102 des Forstgesetzes zunächst an den Waldeigenthümer zu wenden.

Auf diese Deduction wurde von der Klägerin erwiedert:

1) Nachdem die Großherzogliche Regierung ihrer bundesgesetzlichen Verpflichtung aus Art. 14 der B. A. durch eine freie Uebereinkunft mit dem ehemals reichsunmittelbaren Adel nachgekommen, bilde diese Uebereinkunft (die Declaration von 1824) allein die Norm, nach welcher die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Regierung und des Reichsadels zu bemessen seien. Der Art. 14 der B. A. behalte daher in Baden nur noch insofern eine Bedeutung, als das an seine Stelle getretene Surrogat, der Vertrag von 1824, Gegenstand der Garantie des Bundes geworden sei. Der Inhalt des Art. 14 aber sei überall nicht mehr maßgebend, und deßhalb auch nicht entscheidende Norm zur Auslegung des Vertrags von 1824, weil in diesem ebensowohl die im Artikel verzeichneten, wie andere darin nicht speciell aufgenommenen Rechte dem Reichsadel vertragsmäßig hätten gewahrt werden können. Daß übrigens §. 25 der Declaration den Art. 14 der B. A. nicht überschreite, ergebe sich daraus, daß der Art. 14 lit. c. der B. A. auch auf den ehemaligen Reichsadel Anwendung leide. Klüber öffentl. Recht des Deutsch. Bundes, 4. Ausg. §. 322. Note b. §. 305.

2) Ohne Zweifel sei die Feststellung der künftigen staatsrechtlichen Verhältnisse der vormaligen Reichsritter der Hauptzweck der Uebereinkunft von 1824 gewesen, nicht aber ihr einziger. Vielmehr ergebe sich schon aus Art. 14 lit. c. der B. A., daß dem vormaligen Reichsadel auch die aus seinem „Eigenthum und dessen ungestörtem Genusse" herrührenden Rechte garantirt werden sollten, und dieß sei durch §. 25 der Declaration geschehen. Habe auch die Staatsgewalt schon nach der Verfassungsurkunde und dem Landrecht gegen die Grundherrn wie gegen jeden andern Unterthan die Verpflichtung gehabt, ihnen keine Privatrechte ohne volle Entschädigung zu entziehen, so habe doch diese bereits bestehende Verbindlichkeit überall nicht deren Bestätigung durch eine ausdrückliche Vertragsstipulation gehindert, so wenig als die im Art. 14 der B. A. jedenfalls hinsichtlich der Hoheitsrechte des Reichsadels schon im Allgemeinen begründete gesetzliche Gewährleistungspflicht der Staatsgewalt einer näheren Normirung derselben im Wege des Vertrags entgegen gestanden sei, und um so weniger, als die Großh. Regierung im Wege des Vertrags die Entschädigung ein für allemal aus Staatsmitteln habe zusichern wollen.

3) Durch den §. 25 der Declaration habe sich, wenn man ihn auch auf Privatrechte der Grundherren beziehe, die Großherzogliche Regierung weder mit ihren Staatseinrichtungen noch mit der Landesgesetzgebung in Widerspruch gesetzt. Abgesehen nämlich davon, daß die Großh. Regierung dasjenige, was sie in der Declaration zusicherte, kraft bundesgesetzlicher Verpflichtung gewähren mußte, daß hieran Verfassung und Stände nichts hätten ändern dürfen, so sei im §. 25 nur dem allgemeinen Gebote der Gerechtigkeit Rechnung getragen, welches Landrecht (S. 545) und Verfassung (§. 14) gleicherweise anerkennten, und es sei sonderbar, wenn die Staatsregierung den §. 25 als ein Privilegium bezeichne, welches sie dem Reichsadel weder habe bewilligen können noch wollen. Daß die Privatrechte der Grundherren eines besondern Schutzes gegen Eingriffe der Gesetzgebung nicht bedurft hätten, könne nach anderweiten Erfahrungen nicht zugestanden werden. Der klare unzweideutige Wortlaut des §. 25 gestatte nicht die Beschränkung auf Abgaben und Gefälle staatsrechtlicher Natur.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Tb. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 26.** Karlsruhe, den 26. Juni 1847.

I.

Ueber das Recht der badischen Grundherren auf volle Entschädigung aus der Staatskasse für die Aufhebung nutzbarer Rechte, Abgaben oder Gefälle.

(Schluß.)

4) In §. 25 sei von einer bloß subsidiären Entschädigungsverbindlichkeit der Großh. Regierung nicht die Rede. Die Regierung sei es, welche im Falle der Entziehung eines Rechts die Verbindlichkeit der Entschädigung aus Staatsmitteln übernommen habe, und dieser unbedingten Obliegenheit könne sich dieselbe nicht dadurch entziehen, daß sie in dem betreffenden Aufhebungsgesetze einen Andern, als sich, zur Entschädigung anweise. Die Großherzogliche Regierung, welche das Forstgesetz erlassen habe, sei dieselbe Person, welche in §. 25 der Declaration Entschädigung zu leisten versprochen habe; kein Contrahent könne sich aber dadurch liberiren, daß er sich selbst einseitig einen andern Schuldner substituire. Auf der andern Seite liege der Fall des §. 25 (Rechtsentziehung) fract vor, und es ändere hieran nicht das Mindeste, daß im Forstgesetze ein Dritter (der Waldeigenthümer) zur Entschädigung angewiesen sei; die Rechtsaufhebung, folglich die Beschädigung, sei schon vorhanden, wenn der Berechtigte von der Staatsgewalt genöthigt werde, sein Recht abzutreten. Es sei für den Begriff der Rechtsaufhebung, soweit dadurch die Entschädigungspflicht des Staats begründet werden solle, ganz gleichgültig, was der Verpflichtete für seine Befreiung zu geben schuldig werde, wenn nur der Berechtigte von der Staatsgewalt genöthigt werde, sein Recht abzutreten. Alle Ablösungen, welche den Berechtigten zur Rechtsabtretung gegen einen gesetzlich bestimmten Preis nöthigten, seien eben so gut Rechtsaufhebungen, als die Gesetze, welche den Verpflichteten ohne alle Gegenleistung befreien; nur diejenigen Ablösungen fielen nicht unter den Begriff der Rechtsaufhebung, welche schlechthin von der Einwilligung der Berechtigten abhingen. Da nun das Forstgesetz eine Rechtsaufhebung bezüglich der Waldwaide ausspreche, so sei die Klage auf Entschädigung gegen den Großh. Fiscus nach §. 25 der Declaration schon jetzt zulässig (nata).

Aus der Schlußerklärung des Großh. Fiscus ist hervorzuheben, daß die Anwendbarkeit des §. 14 lit. c. der B. A. auf die Grundherren entschieden widersprochen wurde. Gegen die Auctorität Klübers wurde angeführt, daß Würtemberg in den Protokollen der d. Bundesversammlung, I. Sitzung vom 17. März 1836, Sachsen und Hannover in der IV. Sitzung vom 30. Januar 1834 nicht allein die Unanwendbarkeit der Bestimmung lit. c. des Art. 14 auf die Mitglieder der vormaligen Reichsritterschaft behauptet, sondern auch für die Standesherren jener Bestimmung die Auslegung gegeben hätten, daß dadurch nur gegen die Incamerirung standesherrlicher Domänen als nunmehriger Gegenstände des Privateigenthums habe Sicherheit verliehen werden sollen; endlich daß die Bundesversammlung in der XII. Sitzung vom 27. April 1843 und in der XVIII. Sitzung vom 22. Juni 1843 einstimmig ausgesprochen habe, daß lit. c. des Art. 14 nur auf die Standesherren, nicht aber auf die Mitglieder der vormaligen Reichsritterschaft anwendbar sei, so zwar, daß selbst die Grundgefälle eines Standesherrn der Ablösungsgesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten unbedingt, gleich den Grundgefällen eines jeden andern Privaten, unterworfen seien, wenn der Standesherr diese Gefälle aus einem vormals bei

der Reichsritterschaft immatrikulirt gewesenen Gebiete, und nicht aus einem Gebiete, für welches er vormals Sitz und Stimme auf dem Reichstage gehabt, zu beziehen habe.

Die erhobene Klage wurde von dem Großherzogl. Hofgerichte des Unterrheinkreises (III. Sen.) durch Urtheil vom 26. August 1846 abgewiesen, und dieses von Großh. Oberhofgerichte unter dem 15. März 1847 bestätigt. Beide Gerichtshöfe kamen jedoch auf verschiedenen Wegen zu demselben Ergebnisse; während das Hofgericht von der Frage, ob der §. 25 der Declaration auch auf Privatrechte der Grundherren anwendbar sei, wegsah und die Klage aus dem Grunde verwarf, weil die Entschädigungspflicht der Staatskasse jedenfalls nur eine subsidiäre sei, gab das Oberhofgericht auf jene erste Frage eine verneinende Entscheidung, nach welcher es auf die weiteren Fragen nicht mehr ankommen konnte.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen:

„Die Untersuchung der Frage, ob der §. 25 der Declaration sich auf jederlei Vermögensrechte der Grundherren oder nur auf die aus der Grundherrlichkeit entsprungenen beziehe, kann in vorliegendem Falle täglich umgangen werden, weil die Klage jedenfalls aus dem zweiten der angeführten Gründe verwerflich ist.

Der angeführte §. 25 spricht nämlich nur von dem Falle, wenn ein gewisses Recht eines Grundherrn aufgehoben, wenn es ihm, wie der §. 26 sich ausdrückt, entzogen wird. Von einer Aufhebung oder Entziehung eines Rechts kann aber nur da die Rede sein, wo dem früher Berechtigten nicht zugleich der volle Werth seiner Berechtigung ersetzt wird. Denn wo dieß der Fall ist, tritt der Ablösungs- oder Kaufpreis an die Stelle des Naturalgenusses, es wird daher nur eine Verwandlung in der Art des Besitzthumes vorgenommen, ohne daß der Werth des letztern eine Veränderung erlitte und ohne daß das Gesammtvermögen des Berechtigten einer Schmälerung unterzogen würde. Da in diesem Falle dem Berechtigten ein Schaden nicht zugeht, so ist er auch nicht in der Lage, die ihm durch den §. 25 zugesicherte Entschädigung ansprechen zu können. Wenn der Besitzer eines Gefälls durch ein Gesetz verpflichtet wird, sich dasselbe gegen Entrichtung des vollen Werthes abkaufen zu lassen, so wird ihm solches so wenig entzogen, als wenn er durch Anwendung des Expropriationsgesetzes genöthigt wird, seine zu öffentlichen Zwecken erforderlichen Grundstücke gegen Bezahlung ihres vollen Werthes abzutreten; und doch wäre es eine unerhörte Behauptung, daß in letzterm Falle die Staatskasse als solche, und nicht vielmehr diejenige Anstalt, von welcher das fragliche Unternehmen ausgeht, den Kaufpreis der zwangsweise erworbenen Grundstücke zu bezahlen habe. Allerdings ist es möglich, daß eine gesetzlich angeordnete Ablösung eines Gefälls zugleich eine theilweise Aufhebung desselben enthält, insofern nämlich, als es nicht für vollständige Ersatzleistung an den Berechtigten sorgt; allein nur wenn und insofern es hieran fehlt, kann von einer Rechtsentziehung gesprochen, und nur dann kann auf den Grund des gedachten §. 25 eine Entschädigung aus der Staatskasse begehrt werden.

Das Forstgesetz hat nun diejenigen Berechtigungen, welche es für unverträglich mit den Interessen der Forstwirthschaft erklärt, keineswegs ohne Ersatz aufgehoben, es hat vielmehr im §. 102 bestimmt, daß der Berechtigte für den Verlust, den er durch die im Gesetze verordneten Beschränkungen seines Rechts erleide, von dem Waldeigenthümer eine verhältnißmäßige, durch Vergleich oder von dem Richter zu bestimmende Entschädigung fordern könne.

Die klagende Grundherrschaft hat aber nicht behauptet, daß die vom Gesetze zugesicherte Entschädigung keine vollständige sei, und sie konnte dieß auch nicht behaupten, weil das Gesetz, ohne über die Ermittlung des Werths der Berechtigung und den dafür zu leistenden Ersatz besondere Vorschriften zu geben nur im Allgemeinen das unbeschränkte Recht auf verhältnißmäßige, d. h. dem Werthe des Verlustes entsprechende Entschädigung eingeräumt hat. Sie hat ebensowenig anzuführen vermocht, daß der Verfolgung dieses Rechts besondere Hindernisse im Wege stünden. Sie hat daher überall kein Recht, von der Großherzoglichen Staatskasse die ihr etwa gebührende Entschädigung zu fordern, und muß deßhalb mit ihrer Klage abgewiesen werden.

Diese Abweisung muß auch unbedingt, und nicht bloß „zur Zeit" erfolgen, weil es ungeeignet wäre, einen Vorbehalt wegen einer Voraussetzung zu machen, die möglicher Weise eintreten und dem Anspruche der Kläge-

ein Eingang verschaffen könnte, die aber dermalen noch nicht erkennbar ist."

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe enthalten folgende Ausführung:

„Da die Klägerin die Entschädigungsverbindlichkeit des Großh. Fiscus lediglich aus dem §. 25 der Declaration vom 22. April 1824 ableitet, der Großh. Fiscus aber dessen Anwendbarkeit auf die in Frage stehende Waidgerechtigkeit bestreitet, so ist die Beantwortung der Frage, ob die erhobene Klage in Rechten gegründet und die Klägerin durch das hofgerichtliche Erkenntniß beschwert ist oder nicht, zunächst von der unter beiden Theilen bestrittenen Auslegung jenes §. 25 abhängig."

So viel ist unbestritten, daß den Grundherren durch diesen Paragraphen die Zusicherung ertheilt wurde,

daß in Zukunft keine Abgaben, nutzbaren Rechte oder Gefälle, in deren Bezug sie sich gegenwärtig befinden, weder unter dem Titel eines Landeshoheitsgefälls noch aus einem sonstigen, wie immer gearteten Grunde aufgehoben werden sollen, ohne daß ihnen dafür volle Entschädigung aus der Staatskasse geleistet werde.

Die Declaration enthält aber keine nähere Bestimmung darüber, ob sich diese den Grundherren gemachte Zusicherung blos auf ihre grundherrlichen Rechte (z. B. die Frohnden, Zinsen, Gülten, Zehnten und Bannrechte) beschränkt, oder ob sich dieselbe auf alle Eigenthumsrechte, mithin auch auf solche Rechte der Grundherren erstreckt, welche nicht in der Grundherrlichkeit enthalten, sondern privatrechtlicher Natur sind. Denn der Satz: daß diese Rechte und Gefälle „weder unter dem Titel eines Landeshoheitsgefälls noch aus einem sonstigen wie immer gearteten Grunde aufgehoben werden sollen" hat nur den Sinn, daß diese Rechte und Gefälle weder unter dem Vorwande, daß es Landeshoheitsgefälle seien, noch aus irgend einem andern Grunde aufgehoben werden sollen. Aus diesem Satze kann aber nicht gefolgert werden, daß unter den Rechten und Gefällen, für welche den Grundherren Schutz und im Falle der Aufhebung volle Entschädigung aus der Staatskasse zugesichert wurde, nicht nur die grundherrlichen Rechte, sondern auch alle und jede Privatrechte der Grundherrn begriffen sind. Aus dem Eingange und dem Inhalte der Declaration geht vielmehr hervor, daß sie nur den Zweck hatte, den Rechtszustand der Grundherren auf eine dem Art. 14 der deutschen Bundesakte entsprechende Weise festzustellen.

In dem Eingange dieser Declaration ist nämlich bemerkt, daß zur Erledigung der von den Grundherren wegen des Vollzugs des Art. 14 der d. B. A. erhobenen Beschwerden eine Immediat-Commission niedergesetzt wurde, welche beauftragt war:

„durch gütliche Unterhandlungen die künftigen staatsrechtlichen Verhältnisse derselben auf eine dem Art. 14 der deutschen Bundesakte genügende, zugleich aber auch mit den bestehenden allgemeinen Staatseinrichtungen in Einklang stehende Weise zu bestimmen."

Auf den Grund der mit den Grundherren in Folge dieser Unterhandlung getroffenen Uebereinkunft wurde demnächst diese Declaration erlassen und verkündet. Daraus folgt aber ganz unzweifelhaft, daß nur die staatsrechtlichen Verhältnisse der Grundherren Gegenstand dieser Uebereinkunft und der darauf gegründeten Declaration waren, und daß letztere nur den Zweck hatte, die den Grundherren durch den Art. 14 der d. B. A. zugesicherten Personal- und Realrechte zu bestimmen, daß sie aber auf die den Grundherren zustehenden, nicht in der Grundherrlichkeit enthaltenen Privatrechte keinen Bezug hat, indem den Grundherren für diese Rechte durch den Art. 14 der Bundesakte kein besonderer Schutz gewährt, und deßwegen auch kein Grund vorhanden war, wegen dieser Rechte mit ihnen eine besondere Uebereinkunft zu treffen und sie in dieser Beziehung von der allgemeinen Landesgesetzgebung zu eximiren.

Wenn daher auch die den Grundherren durch den §. 25 der Declaration gemachte Zusicherung allgemein lautet, und ihrem Wortlaute nach alle Abgaben, nutzbaren Rechte und Gefälle umfaßt, sie mögen staatsrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein, so kann sie doch nur auf solche Rechte und Gefälle bezogen werden, welche Gegenstand der mit den Grundherren getroffenen Uebereinkunft waren, mithin nur auf die durch den Art. 14 der d. B. A. geschützten Grundherrlichkeitsrechte, nicht aber auch auf ihre Privatrechte, mithin nicht auf die in Frage stehende Waidgerechtigkeit, *) indem nach L. R. S. 1163 die in

*) Die Waidgerechtigkeit ist bekanntlich in vielen Fällen ein Ausfluß der Grundherrlichkeit, wenn auch eine allgemeine Rechts-

einem Vertrage gebrauchten Ausdrücke, wenn sie auch noch so allgemein lauten, doch nur die Gegenstände umfassen, über welche die Betheiligten erweislich zu unterhandeln die Absicht hatten. Könnte aber auch darüber noch ein Zweifel bestehen, ob sich die den Grundherren durch den §. 25 der Declaration gemachte Zusicherung blos auf die in der Grundherrlichkeit enthaltenen Abgaben &c. beschränkt, oder ob sich dieselbe auch auf andere den Grundherren zustehende Rechte erstrekt, dann müßte nach L. R.-S. 1162 im Zweifel dieser §. der Declaration gegen die Grundherren ausgelegt werden.

Da schon hiernach die von der klagenden Grundherrschaft erhobene Klage nicht begründet ist, dieselbe daher durch das hofgerichtliche Erkenntniß nicht beschwert erscheint, so kann es auf den zweiten Grund, aus welchem der Großherzogl. Fiskus die Zuläßigkeit dieser Klage zu bestreiten sucht, nicht weiter ankommen, weßhalb dieses Erkenntniß unter Verfällung der Klägerin in die Kosten dieser Instanz bestätigt wurde." K. Ammann.

II.

Entscheidung der französischen Gerichte in Wechselsachen.

Falsche Wechsel. Keller-Wechsel.

1) Serret, Banquier in Valenciennes, stellte an die Ordre von Séguin einen Wechsel von 267 Fr. aus: dieser veränderte die Summe in 2067 Fr., und indossirte dann den Wechsel an Henneline, der ihn weiter indossirte. Bei Verfall wurde er, zwar nicht von dem Bezogenen, aber von Lanciau, der dabei intervenirte, bezahlt. Nun zeigte sich aber, daß die Summe verfälscht war. Lanciau klagte deßhalb gegen die sämmtlichen Indossanten und gegen den Aussteller. Die belangten Indossanten nahmen gegenseitig den Rückgriff auf ihre Vormänner und letzten Orts auf den Aussteller. Die Cour roy. de Douai verurtheilte die sämmtlichen Indossanten und letzten Orts den Hennekine zur Zahlung von 2067 Fr., vorbehaltlich des Rückgriffs auf Séguin; den Aussteller dagegen nur zur Zahlung von 267 Fr.

Sirey 1844. II. 414—16.

In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß jeder Indossant nicht allein nach dem Handelsgesetzbuch für Zahlung des Wechsels zur Verfallzeit, sondern auch nach dem Civilgesetzbuch Art. 1693 für die Wahrheit (Existenz) der Forderung, welche er überträgt, haften müsse, weßhalb Hennekine, der einen Wechsel von 2067 Fr. übertragen habe, auch dafür einstehen müße, daß diese Summe richtig sei. Serret dagegen habe nur einen Wechsel von 267 Fr. ausgestellt, sei daher nicht schuldig, mehr zu zahlen. Diese Entscheidung wird insofern allgemeine Billigung finden, als nach Art. 159 der zahlende Intervenient in die Rechte des Inhabers tritt, und daher, gleich diesem, gegen alle früheren Indossanten klagen kann. Dagegen, wenn er für einen bestimmten Indossanten zahlt, sind alle späteren ihrer Verbindlichkeit entledigt. Art. 159 §. 2. Es ist nun aber aus *Sirey* nicht zu entnehmen, für wen Lanciau intervenirte, noch wen er belangte; nur aus der Ueberschrift des erzählten Falls scheint hervorzugehen, daß die sämmtlichen Indossanten belangt und verurtheilt wurden, mithin auch diejenigen, welche nach Art. 159 §. 2. ihrer Verbindlichkeit entledigt waren. Wenn dieses der Sinn jener Entscheidung ist, dann beruht sie auf einem ganz anderen Grundsatz, nämlich auf dem, daß irrthümlich Gezahltes zurückgefordert werden kann. Art. 1235. In dieser Beziehung sind aber die Schriftsteller durchaus verschiedener Meinung. Pardessus Nr. 448. nimmt an, daß wer einen falschen Wechsel acceptirt, auch zu dessen Zahlung verbunden sei, weßhalb er consequenter Weise Nr. 450 lehrt, daß, wer einen falschen Wechsel zahlt, das Gezahlte nicht zurückfordern könne. Ebensowenig könne der Intervenient seine Freundes-Annahme oder Zahlung, als auf Irrthum beruhend, umstoßen. Nr.

---

vermuthung hierfür nicht besteht. Vgl. Mittermaier, deutsches Privatrecht, §. 170. Maurenbrecher, gemeines deutsches Recht, §. 245. Oberhofgerichtl. Jahrb., 6. Jahrg., S. 289. Annalen I., S. 26, 61, 203., III., 77. N. Oberhofgerichtl. Jahrb., Bd. II., S. 444 fgde. Wenn und insofern daher ein Grundherr beweisen könnte, daß das ihm zugestandene Waldwaiderecht ein Ausfluß der Grundherrlichkeit gewesen sei, so würde ohne Zweifel der §. 25 der Declaration darauf anzuwenden sein. Dies war der Grund, warum das Hofgericht in vorliegendem Falle, in welchem übrigens eine derartige Entstehungsart des Waidrechts allerdings nicht behauptet war, eine Entscheidung der ersten Frage umgangen und sein Urtheil auf einen Satz gebaut hat, welcher allen gegen die Staatskassen gerichteten Entschädigungsklagen wegen aufgehobener Waldwaiderechte oder anderer Gerechtsame, mögen diese ihren Ursprung in der Grundherrlichkeit oder in einem rein privatrechtlichen Verhältnisse haben, entgegenstehen dürfte. D. Eins.

451. Damit stimmt überein: Dalloz. Jurisprudence du 19 siècle. mot. Effets de commerce. Sect. 8. Nr. 14. Diese Ansicht wird aber von Nouguier, wie mir's scheint mit Recht, bekämpft. Er behauptet Nr. 79., der Bezogene könne eine irrthümlich geleistete Zahlung (wenn er nämlich einen ihm vorgezeigten falschen Wechsel für ächt hielt) zurückfordern. Dafür scheint auch der Gerichtsgebrauch sich ausgesprochen zu haben: In diesem Sinn haben entschieden die königlichen Gerichtshöfe von Lyon 26. Februar 1822 (*Sirey* 1824. II. 342.), von Paris 5. Februar 1824 (*S.* 1824. II. 346.) und von Bordeaux 22. April 1828 (*S.* 1828. II. 323).

Nach gleichen Grundsätzen wurde in folgendem Fall entschieden:

Deschriver war Inhaber eines Wechsels von 710 Fr., der auf Michaud in Bordeaux gezogen war. Auf diesem Wechsel standen die Worte: au besoin chez Piganneau frères. Diese Worte waren aber wieder durchstrichen. Als der Wechsel bei Verfall vom Bezogenen nicht bezahlt wurde, so wendete sich Deschriver an Piganneau und erhielt daselbst die Zahlung gegen Quittirung des Wechsels (ohne Protest). Aber schon den andern Tag sah Piganneau ein, daß er irrthümlich bezahlt habe, und belangte deßhalb den Deschriver auf Herausgabe des irrthümlich Bezahlten. Dieser wendete ein, der Kläger habe eine Freundeszahlung geleistet, weil der Wechsel eine (freilich durchstrichene) Nothadresse enthalte. Aber das Handelsgericht von Bordeaux verurtheilte ihn, 2. Juni 1840 und das gegen dieses Urtheil ergriffene Rechtsmittel der Cassation wurde verworfen, 3. Januar 1842.

Sirey 1842. I. 10—12.

Das Handelsgericht war nämlich der Ansicht, daß der Kläger aus keinem Grunde verbunden gewesen sei, den Wechsel zu zahlen, daß er aber auch nicht als Intervenient anzusehen sei, weil sonst nach Art. 158 ein Protest hätte vorausgehen müssen. Hiergegen wurde vor dem Cassationshof geltend gemacht, daß der Protest allerdings im Interesse des Intervenienten nothwendig sei, weil er sonst nicht in die Rechte des Inhabers eintrete; aber dieses sein Interesse habe nur der Intervenient zu wahren, nicht der Wechselinhaber; dieser habe nur das Interesse, Zahlung zu erhalten, oder wofern er nicht bezahlt werde, protestiren zu lassen, u. s. w. Ein weiterer Grund hätte, meines Erachtens, angeführt werden können. Die condictio indebiti beruht wohl auf dem Grundsatz der Billigkeit: Niemand soll sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern. Im vorliegenden Fall würde aber der Beklagte, wenn er das Gezahlte herausgeben müßte, in Schaden gerathen. Er hat nämlich, weil er Zahlung erhielt, nicht protestiren lassen, und darum den Rückgriff gegen die Indossanten verloren, ja möglicher Weise auch gegen den Aussteller, wenn nämlich der Bezogene Deckung hatte. Dieser Nachtheil wurde durch den Fehler (denn auch ein Irrthum ist ein Fehler) des Klägers herbeigeführt, weßhalb dieser eintretenden Falls zum Schadenersatz verbunden wäre, also um so weniger darauf hin klagen kann. Nach badischem Recht stünde der Klage wohl auch Art. 1110. a. im Wege.

2) Ein eigener Wechsel von 2000 Fr., unterschrieben von Froissard & Rondelay in Grenoble an die Ordre von Brillon & Comp. in Valence, von diesem indossirt an Privat, von diesem an Juif, von diesem an Farge & Deschamps und zuletzt an Broleman & Comp. ging verloren. Bei Verfall ließ der letzte Inhaber zwar protestiren, jedoch ohne die Vorschriften der Art. 151—153 zu beobachten, und belangte dann seinen Indossanten, der den Rückgriff auf Juif nahm. Dieser wendete ein, der Protest sei ungültig, weil kein richterlicher Beifatzbefehl vorher erwirkt worden sei. Das Handelsgericht hielt den Protest für gültig, und verurtheilte sowohl Farge als auch Juif, 30. September 1825. Juif appellirte; in dieser Instanz machte Kläger geltend, daß sowohl Aussteller wie Remittent gar nicht existiren, daß daher, ganz abgesehen von der Gültigkeit des Protests, der Appellant schon nach Art. 1693 für die Existenz der übertragenen Forderung zu haften habe, also mit Recht verurtheilt worden sei. Es wurde auch wirklich vollständig nachgewiesen, daß Aussteller und Remittent erdichtete Namen waren (solche Wechsel werden von den Kaufleuten „Kellerwechsel" genannt). Bender, Grundsätze des Wechselrechts. Darmstadt. 1828. §. 395. Der königliche Gerichtshof von Lyon hielt nun zwar den Protest für ungültig, bestätigte aber dennoch 15. März 1826 auf den neu vorgebrachten Grund hin.

Sirey 1826. II. 212—214.

Der Cassationshof hob aber den 17. März 1829 dieses Urtheil auf, weil der erhobene Protest richtig sei, und daher der Rückgriff nach Art. 117 nur gegen den Aussteller

stattfinde; zwar sei bewiesen, daß der Aussteller und Remittent nur fingirte Namen seien, dagegen sei Privat, der zweite Indossant, als wirklicher Aussteller zu betrachten, (?) weil er den Wechsel ausgegeben habe; dieser sei daher ersatzpflichtig, nicht aber die übrigen Indossanten, welche nur schuldig seien, sich über die Person ihrer Cedenten zu rechtfertigen u. s. w.

Sirey 1830. I. 145.

Diese Entscheidung hat den Beifall der Schriftsteller gefunden. Pardessus Nr. 452 und 455. nimmt diese Doktrin vollständig an; Nouguier Nr. 79. hat zwar einige Bedenken, erklärt sich aber dennoch dafür; ebenso Dalloz l. c. Nr. 15. Persil. Traité de la lettre de change. ad art. 145, und Horson. Questions 95 und 96. Selbst die Cour roy. de Lyon hat in einem Urtheil vom 20. März 1828 (*Sirey* 1828. II. 344) diese Ansicht adoptirt. Dagegen hat die Cour roy. de Montpellier den 11. März 1845 anders entschieden. Der Fall war dieser:

3) Odon Rech hatte verschiedene Wechsel im Betrag von 33,000 Fr. an den Banquier Mourges in blanco indossirt; dieser verkaufte die Wechsel an Cavallier, ohne sie zu indossiren, was wegen des blanco-Indossaments möglich war. Die sämmtlichen Wechsel waren aber falsch. Cavallier ließ keinen Protest erheben, sondern klagte gegen Mourges aus dem Grunde, weil dieser nach Art. 1693 für die Existenz der Forderung haften müsse. Das Handelsgericht verwarf aber die Klage, einmal weil nicht protestirt sei, und daher nach Art. 168. der Rückgriff nicht stattfinde, dann auch weil Mourges, der die Wechsel nicht indossirte, gerade dadurch zu erkennen gegeben habe, daß er für dieselben nicht haften wollte, und endlich weil auch die Vorschriften des Civilrechts über Cessionen nicht auf Wechsel anwendbar seien. Auf ergriffene Appellation erkannte aber der königliche Gerichtshof von Montpellier den Beklagten für schuldig, den Betrag der Wechsel nebst Zinsen an den Kläger zu zahlen, aus folgenden Gründen: Das Civilrecht sei in Handelssachen überall anwendbar, insofern das Handelsgesetzbuch keine Ausnahme statuire; das Civilrecht kenne bei Cessionen zweierlei Arten der Haftbarkeit, einmal für die Existenz der Forderung Art. 1693 (garantie de droit), dann für die Zahlbarkeit des Schuldners, welche der freien Uebereinkunft der Partheien anheim gestellt sei (garantie de fait). Das Handelsgesetzbuch enthalte keine Bestimmung über die garantie de droit, nur die garantie de fait sei in dem Art. 140 ausgedehnt, indem jeder Cedent solidarisch für die Zahlbarkeit des Wechselschuldners haften müsse, wobei jedoch vorausgesetzt werde, daß der Cessionar weder den Protest noch die Frist für den Rückgriff versäumt habe. Hier handle es sich aber von der garantie de droit, bei welcher weder ein Protest noch eine besondere Frist vorgeschrieben sei; dabei könne der Beklagte sich auch nicht darauf berufen, daß er nicht indossirt habe, weil nach A. 1693 diese Haftbarkeit, kraft Gesetzes, ohne weitere Uebereinkunft eintrete.

Sirey 1845. II. 249—53.

Diese Ansicht scheint mir den Vorzug vor jener des Cassationshofs zu verdienen.

4) Folgender Fall ist mir aus mündlicher Mittheilung bekannt. Ein Fremder bot einem Mannheimer Handlungshaus einen Wechsel, der auf ein Frankfurter Handlungshaus gezogen war, zum Kauf an. Das Mannheimer Handlungshaus erklärte, es werde den Wechsel nur dann kaufen, wenn ihm gestattet werde, den Wechsel nach Frankfurt einzusenden, um zu erfahren, ob der Bezogene denselben annehme und zahle. Der Fremde willigte ein. Der Wechsel wurde eingesendet, und der Bezogene acceptirte und zahlte den Wechsel, worauf das Mannheimer Handlungshaus dem Fremden den Betrag ebenfalls zahlte. Später aber stellte sich heraus, daß der Wechsel dem Eigenthümer entwendet worden war, und daß der Fremde unter einem falschen Namen denselben an das Mannheimer Handlungshaus indossirt hatte. Dieses wurde nun von dem Eigenthümer auf Herauszahlung des von dem Bezogenen empfangenen Betrags belangt, und verurtheilt. Dieß stimmt ganz mit dem überein, was Pardessus Nr. 452. lehrt, daß nämlich derjenige den Schaden tragen müsse, der den falschen oder gefälschten Wechsel von dem Fälscher kaufte; s. auch den oben unter Nr. 1. erzählten Fall. Anders aber müßte dann entschieden werden, wenn der Wechsel in blanco indossirt ist, und verloren geht oder entwendet wird. In diesem Fall, sagt Pardessus Nr. 455., trägt derjenige, welcher den Wechsel in dieser Weise indossirte, selbst die Schuld, daß irgend ein Unberechtigter das Indossament ausfüllte. Unser badisches Gesetzbuch hat diese Ansicht durch den Art. 138. a. ausdrücklich sanktionirt.

5) Hätte aber in dem obigen Fall (Nr. 4.) der Eigenthümer des Wechsels auch gegen den Bezogenen klagen

können, weil dieser nicht an den rechten Gläubiger bezahlt hat? Nach dem Civilgesetzbuch ist es unzweifelhaft, daß der Schuldner, der nicht an den wahren Gläubiger oder an dessen Bevollmächtigten zahlte, sondern an Jemanden, der ihn mittels einer falschen Vollmacht oder falschen Cession zu täuschen wußte, abermals zu zahlen angehalten werden kann. Art. 1239. Die älteren französischen Juristen, wie Dupuys de la Serra, Pothier, Jousse, nahmen keinen Anstand, diesen Grundsatz auch auf Wechsel anzuwenden. Andere, wie Cleirac, Toubeau, Bornier, waren anderer Ansicht; sie meinten, es sei dem Bezogenen unmöglich, die Richtigkeit aller Indossamente zu prüfen, impossibilium nulla datur obligatio. Die Praxis der Gerichte hatte sich unter der Ordonnanz von 1673 noch keineswegs fixirt; das Handelsgericht von Paris hielt den Bezogenen nicht für liberirt, die Cour d'appel war anderer Ansicht. So standen die Dinge, als diese Frage bei Berathung des Code de commerce im Staatsrath verhandelt wurde. Die Discussion ist äußerst interessant und lehrreich; man findet sie im Auszug bei Locré. Esprit du code de c., ad art. 145 und bei Nouguier Nr. 84. Man vereinigte sich dahin, in dem Art. 145 zu bestimmen, daß der Bezogene durch die Zahlung zwar nicht schlechthin liberirt werde, aber doch die Vermuthung einer gültigen Zahlung für sich habe; man wollte dadurch den Gegenbeweis, daß der Bezogene in dolo oder culpa lata versire, offen lassen. Ob nun die Fassung des A. 145 dieser Absicht vollkommen entspricht, könnte bezweifelt werden. Aber die französischen Schriftsteller tragen kein Bedenken, den Bezogenen für liberirt zu halten. Pardessus Nr. 197., Nouguier Nr. 84., Dalloz l. c. Nr. 25., Persil ad art. 145. Nr. 6. Locré l. c., vorbehaltlich des Beweises einer Gefährde oder einer groben Nachlässigkeit. Dieselben Schriftsteller nehmen auch an, daß der Bezogene selbst durch eine falsche Quittung befreit werde, z. B. wenn ein Wechsel zuletzt an den A. indossirt war, und ein Anderer, der den Wechsel gestohlen oder gefunden hat, sich für den A. ausgibt, den Wechsel quittirt, und das Geld in Empfang nimmt. In diesem Fall könnte man dem Bezogenen wohl den Vorwurf der Unvorsichtigkeit machen; denn wenn er den Vorzeiger des Wechsels nicht persönlich kennt, auch die Unterschrift des letzten Inhabers ihm unbekannt ist, so könnte er wohl von dem Vorzeiger des Wechsels einen Nachweis über die Identität seiner Person verlangen. In Frankfurt wenigstens zahlt kein Banquier einen Wechsel einem Unbekannten. Auch in Paris sei dieselbe Vorsicht üblich, wird in den Discussionen über Art. 145 erwähnt. Man kann freilich sagen, daß Creditbriefe immer an fremde und unbekannte Personen bezahlt werden, und daß wenn dieses nicht der Fall wäre, sie ihren Werth ganz und gar verlieren. Denn man bedarf der Creditbriefe gerade da, wo man nicht bekannt ist. Bei diesen wird aber die Vorsicht gebraucht, daß man die Unterschrift des Accreditirten einsendet, so daß der zahlende Banquier diese mit der Unterschrift unter der Quittung, die er erhält, vergleichen, und dadurch einem etwaigen Mißbrauch des Creditbriefs auf die Spur kommen kann. Bei Wechseln kann diese Vorsicht nicht gebraucht werden, weil man nicht im Voraus weiß, wer sie zur Zahlung vorzeigen wird. Um so mehr wird es Pflicht des Bezogenen sein, sich vor der Zahlung zu überzeugen, daß der Präsentant auch wirklich derjenige ist, auf den das letzte Indossement lautet; vergl. Bender l. c. §. 428.

Dr. Ladenburg.

III.

Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren.

1.

1) **Gegen richterliche Verfügungen, durch welche die gesetzlichen Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren verletzt werden, findet nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung statt.** §. 963. 1244. Nr. 7. Proceßordnung. Annal. 1843. Nr. 19. p. 141. B. 142.
2) **Gegen das Decret des Obergerichts, durch welches die Beschwerdeführung verworfen wird, findet keine Einsprache — überhaupt kein weiteres Rechtsmittel statt.** §. 1250. Proceßordnung.

Auf Betreiben des Vorstands der L. Moses Klausstiftung in Mannheim wurde gegen Joseph Adam R. vom Schopfenhof Liegenschaftsversteigerung erkannt.

Demzufolge kam ein dem Schuldner gehöriges Gut zum zweitenmal zur Versteigerung, vor deren Vornahme auf Antrag der Gläubigerin als Bedingung des Zuschlags von dem Vollstreckungsbeamten, dem Bürgermeister zu Allfeld, bekannt gemacht wurde, daß das Gebot mindestens

der Forderung gleichkommen müsse, wegen welcher die Vollstreckung verfügt worden sei.

Bei der Versteigerung that nur der geistliche Verwalter G. das höchste Gebot mit 10,000 fl.; allein der Zuschlag wurde ihm verweigert, weil sein Gebot unter dem Forderungsbetrag der betreibenden Gläubigerin geblieben war.

Der Steigerer beschwerte sich hierauf in einer am 6. September 1845 bei dem Amte N. eingereichten Eingabe über dieses, der ausdrücklichen Vorschrift des §. 1051. 1052 der Proceßordnung zuwiderlaufende,*) Verfahren und stellte die Bitte an den Richter, den Vollstreckungsbeamten in Allfeld anzuweisen, daß derselbe den Zuschlag des Guts für 10,000 Fl. an ihn, den Steigerer, vollziehe.

Das Amt N. entsprach durch Verfügung vom 14. Dec. 1845 diesem Antrag, indem es die gegen die Vorschriften der

§§. 1051. 1052. der Proceßordnung

verstoßende Steigerungsbedingung für nichtig erklärte, den übrigen Theil des Versteigerungsacts jedoch aufrecht erhielt.

Gegen diese Verfügung führte die betreibende Gläubigerin Beschwerde bei dem Hofgericht des Unterrheinkreises, welches (II. Civ. Sen.) durch Verfügung vom 5. März 1846. dieselbe für begründet erachtete, sonach jenen amtlichen Beschluß aufhob, und den geistlichen Verwalter G. zur Tragung der durch die Beschwerdeführung erwachsenen Kosten verurtheilte, und zwar:

in Erwägung, daß die gegen das ausdrückliche Verbot des §. 1051 der Proceßordnung von dem Bürgermeisteramte Allfeld bei der zweiten Versteigerung des Gutes des Beklagten verkündete Bedingung, daß der endliche Zuschlag nur dann ertheilt werden könne, wenn das höchste Gebot den Betrag der kläger'schen Forderung erreiche, nach Landrechtsatz 6, §. 962 der Proceßordnung nichtig ist, dieselbe auch nicht durch die behauptete Einwilligung beider streitenden Theile aufrecht erhalten werden kann, da die entgegenstehende Bestimmung der §. 1051, 1052 der Proceßordnung nicht im Interesse der einen oder andern Parthei, sondern für den Credit der Versteigerung selbst und die Sicherheit der Steigerer, also im öffentlichen Interesse gegeben ist, daher von den Partheien nicht willkührlich abgeändert werden kann;**)

von Weiler Motive S. 92. Nr. 4.

durch die Verkündung jener nichtigen Bedingung der ganze Act der zweiten Versteigerung insofern gelitten hat, als dadurch wohl Steigerer, welche höher als der Bevollmächtigte des Stiftungsverwalters G., aber nicht bis zum Betrage der kläger'schen Forderung zu bieten beabsichtigten, da einem solchen Gebote zum Voraus der Zuschlag versagt wurde, vom Bieten überhaupt abgehalten werden konnten, und hierdurch die vom Gesetze beabsichtigte Veräußerung um den höchsten erreichbaren Preis unmöglich gemacht wurde: daß hiernach und nach Ansicht des Landrechtssatzes 6. h. nicht die gesetzte Bedingung allein, sondern der ganze Act der zweiten Versteigerung als nichtig zu betrachten ist, daher der Unterrichter den Vollstreckungsbeamten mit Unrecht zu Ertheilung des Zuschlags an ein in dieser Versteigerung gemachtes Gebot anhielt.

Gegen die hofgerichtliche Verfügung vom 5. März erhob nun Stiftungsverwalter G. Einsprache; allein diese wurde durch hofgerichtliche Verfügung vom 3. Juli 1846 Nr. 7799 (II. Civ. Sen.) als unstatthaft verworfen;

„in Erwägung, daß die Verfügung vom 5. März als ein Endbescheid zu betrachten ist und nicht als ein unbedingter Befehl, dessen Wirksamkeit erst von Erledigung oder Versäumung einer Einsprache abhängt;

§. 1250., vergl. 705 der Proceßordnung;

daß aber gegen einen solchen Bescheid — einer Einsprache etwa nur unter den Voraussetzungen Eingang verschafft werden kann, unter welchen jene im Vollstreckungsverfahren überhaupt stattfindet — nämlich durch den Vortrag und den Beweis neu eingetretener Thatsachen,*)

§. 958 der Proceßordnung

also keinenfalls durch bloße Rechtsausführungen, beziehungsweise durch Beanstandung der den Richter zur Verwerfung der Beschwerdeführung bestimmenden Ansicht."

(Schluß folgt.)

*) Nur der die Vollstreckung betreibende Gläubiger wird befugt sein, die Einhaltung der gesetzlich zu seinen Gunsten angeordneten Förmlichkeiten zu begehren, nicht aber auch wird der Steigerer auf Einhaltung derselben bestehen können, sondern, wenn ihm die Versteigerungsbedingungen nicht gefallen, das Mitbieten eben unterlassen müssen; vergl. §. 1062 der Proceßordnung. Z. B. n. F. IX p. 454. D. E.

**) Dies läßt sich wohl nach § 1062 der Proceßordnung bestreiten; s. obige Note. D. E.

*) Ob hierdurch einer Einsprache gegen die Verfügung, durch welche eine Beschwerdeführung verworfen ward, Eingang verschafft werden könne, möchte ich bezweifeln; solche neue Thatsachen können vielmehr meines Dafürhaltens nur zur Anbringung von Gesuchen um Einhalt mit dem Vollstreckungsverfahren bei dem Unterrichter (§. 959 der Proceßordnung), oder sofern in den neuen Thatsachen neue Gründe zur Beschwerde gegen Vollstreckungsbeamte liegen, zu Einsprachen bei dem Unterrichter (§. 959. 1. 961 der Proceßordnung), sofern in denselben aber neue Gründe zur Beschwerde gegen den Unterrichter liegen, nur zu neuen Beschwerdeführungen an das Obergericht Anlaß geben. D. E.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe, den 3. Juli 1847.

I.

Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren.
(Schluß.)

Gegen diese Verfügung vom 3. Juli, sowie gegen jene vom 5. März 1846 führte sodann Stiftungsverwalter G. das Rechtsmittel der Oberappellation ein, welches jedoch vom Großh. Oberhofgerichte (I. S.) durch Verfügung vom 6. October 1846 Nr. 4498. aus folgenden Gründen für unzulässig erklärt wurde:

„Die Beschwerde des geistlichen Verwalters G. bezieht sich lediglich auf eine Verfahrungsweise des Vollstreckungsbeamten in A., in deren Folge Jenem zur Zeit noch durchaus kein gegen die im Hauptrechtsstreit betheiligten Partheien verfolgbares und verfolgtes Eigenthumsrecht auf das in Frage stehende Gut zugesprochen worden ist, und es enthalten daher auch sowohl die amtlichen als die hofgerichtlichen, oben erwähnten Verfügungen einzig und allein nur Anordnungen über die Art und Weise, wie die in Sachen der Klausstiftung gegen N. verfügte und bereits begonnene Vollstreckung vorzunehmen und zu beendigen sei.

Ob nun aber hierbei der Richter erster Instanz, das Bezirksamt N. oder das zweite Instanzgericht, das Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises, in einer oder in der andern der erwähnten Verfügungen die für das Vollstreckungsverfahren bestehenden gesetzlichen Vorschriften verletzt habe, ist eine Frage, die nach §. 1244 Nr. 7. und der §§. 962. 963 der Proceßordnung auf keinen Fall im Wege des Rechtsmittels der Appellation, beziehungsweise Oberappellation, zur Entscheidung des höheren Richters gebracht werden kann, die vielmehr (wie auch in dem vorderen Instanzenzug geschehen ist) nach den allegirten Proceßgesetzen im Wege der Beschwerdeführung zu erledigen war."

Nun führte Stiftungsverwalter G. gegen die hofgerichtlichen Erkenntnisse vom 5. März und 3. Juli 1846 Beschwerde bei dem Großh. Oberhofgerichte, welches jedoch diese weitere Beschwerdeführung durch Verfügung vom 18. Januar 1847 Nr. 258. I. S. als unstatthaft erklärte,

„in Erwägung, daß der Gegenstand der Beschwerden des Stiftungsverwalters G. lediglich eine angeblich dem Vollstreckungsbeamten zu A. zur Last fallende Verletzung der über das Vollstreckungsverfahren bestehenden Vorschriften war, wie dies die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Erkenntnisse vom 6. October 1846 Nr. 4496 näher ausführen;

„in Anbetracht, daß sonach über die erhobenen Beschwerden nach den §§. 962 und 963 der Proceßordnung mittelst des für Beschwerdeführungen vorgeschriebenen Verfahrens zu verhandeln und zu erkennen war, dies auch durch die Erkenntnisse des Bezirksamts N. vom 14. Dezember 1845 und des Großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 5. März und 3. Juli 1846 geschehen ist;

„in Erwägung, daß die so eben erwähnten hofgerichtlichen Erkenntnisse, gegen welche jetzt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung durch Stiftungsverwalter G. in dritter Instanz eingeführt werden will, die von demselben gegen den Vollstreckungsbeamten in A. erhobene Beschwerde dadurch, daß sie den dagegen von der Lemle Moses'schen Klausstiftung geltend gemachten Gründen Folge gaben, nicht mit der Wirkung für begründet erachteten, welche ihr Stiftungsverwalter G. und das Bezirksamt N. durch sein Erkenntniß vom 14. Dezember 1845 beilegen wollten;

„in Anbetracht, daß die erwähnten hofgerichtlichen Erkenntnisse ihrer rechtlichen Natur nach weiter nichts sind, als Decrete, wodurch die Beschwerdeführung des Stiftungsverwalters G. gegen den in Frage stehenden Act des Vollstreckungsbeamten in A. verworfen wird;

„in Erwägung, daß aber gegen solche Decrete, durch welche eine Beschwerdeführung verworfen wird, nach der

ausdrücklichen Vorschrift des §. 1250 der Proceßordnung (vergl. J. B. n. F. III. p. 262.) kein weiterer Rechtszug stattfindet."

2.

Gegen Verwerfung eines Vollstreckungsgesuchs findet nicht das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, sondern nur das der Appellation statt; vergl. Dr. Zentner, Erläuterungen über die Rechtsmittel p. 77 unten und Note **; Annal. 1843. Nr. 19. p. 143.

Der Gläubiger eines Ehemanns, welcher gegen diesen Vollstreckung erwirkt hatte, stellte bei Gericht den Antrag, diese gegen die auf den Namen der Ehefrau seines Schuldners im Grundbuch eingetragenen Liegenschaften zu richten.

Der Richter schlug dieses Gesuch ab.

Gegen diese Verfügung ergriff der Gläubiger das Rechtsmittel der Beschwerdeführung an das Obergericht.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (I. Civ. Sen.) verwarf jedoch dieses Rechtsmittel als unzulässig,

weil — abgesehen davon, daß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung für die Versagung einer nachgesuchten Vollstreckung weder in §. 1244, noch in einer andern Stelle der Proceßordnung eingeräumt ist, nach der Rechtsähnlichkeit des §. 1175. 1. und des §. 719. 965. 671 der Proceßordnung (Art. 5. Pr. R.) gegen die angefochtene Verfügung schon deßhalb nur das Rechtsmittel der Appellation zulässig sein könne, da durch die angefochtene Verfügung dem Gläubiger wirklich der Anspruch auf Befriedigung aus den von ihm bezeichneten Liegenschaften aberkannt sei. §. 1172 der Proceßordnung.

Der Gläubiger hatte sich zwar, um dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung Eingang zu verschaffen, auch darauf berufen, daß die ihn beschwerende Verfügung nicht auf den Grund gepflogener Verhandlung ergangen sei, allein der Gerichtshof sprach aus,

hierauf könne sich nur diejenige Parthie berufen, welcher gegenüber einem Antrag der Gegenparthie willfahrt worden sei; übrigens ergebe sich aus obigen Gesetzesstellen, daß es zur alsbaldigen Verwerfung eines Gesuchs der vorherigen Einvernahme des Gegners nicht bedürfe.

3.

Gegen Verletzung der Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren durch Handlungen des Vollstreckungsbeamten findet nur Einsprache bei dem Richter, nicht aber Beschwerdeführung bei dem Obergerichte statt.

Ein Schuldner, dessen Gläubiger Fahrnißpfändung erwirkt hatte, führte deßhalb Beschwerde bei dem Obergerichte, weil der Exequent die Pfändung bei Einbruch der Nacht und zu einer Zeit vorgenommen habe, da ihm, dem Schuldner, der Vollstreckungsbefehl noch gar nicht zugestellt gewesen sei.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Sen.) verwarf jedoch die Beschwerdeführung als unzulässig,

nach Ansicht des §. 961 der Proceßordnung, wonach gegen Verletzung der für Vollstreckungshandlungen vorgeschriebenen Formen durch die Vollstreckungsbeamten (§. 970 der Proceßordnung) Einsprache bei dem Richter stattfindet, dessen Auftrag dieselben vollzogen;

in Erwägung aber, daß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung an das Obergericht nur gegen richterliche Verfügungen eingeräumt ist;

§. 1244. 963 der Proceßordnung

daß also, wenn der Exequent die Vorschriften der §§. 954. 955 der Proceßordnung verletzt hätte, der Beschwerdeführer sich mit dem Gesuche um Abhilfe an das Amt E., welches die Vollstreckung erkannte, also auch deren Vollzug zu überwachen hat, zu wenden hatte; vergl. auch Annal. 1843. Nr. 19. p. 138. 139. 140.

Stempf.

II.

Betrachtungen über unser Vollstreckungsverfahren insbesondere bei Zwangsversteigerungen von Liegenschaften und über Verweisungen.

A. hat dem B. auf eine öffentliche Schuld- und Pfandurkunde ein Kapital von 500 fl. zu 4½ Proc. verzinslich dargeliehen, weil dieser aber in Entrichtung der verfallenen Zinse sehr säumig war, das Kapital aufgekündet, und nach Ablauf der bedungenen einvierteljährigen Aufkündungsfrist die Hauptsumme mit Zinsen rich-

terlich eingeklagt. Nachdem auch noch eine in dem unbedingten Zahlungsbefehl anberaumte Frist erfolglos verstrichen war, wurde Fahrnißpfändung und Güterangriff erkannt, in Ermangelung ersterer aber der Vollzug auf Versteigerung von Liegenschaften beschränkt, und zwar nur auf einen Theil der eingesetzten Pfandstücke. Der zum Vollzug beauftragte Ortsvorstand (das Bürgermeisteramt) übersandte dem Gläubiger als Ergebniß seiner Amtshandlung nachstehende „Verweisung für A:"

Derselbe fordert an B. Kapital . . 500 fl. — kr.
Zins hieraus vom 1. Mai 1844 — 1846. für zwei Jahre zu 4½ Proc. . . 45 fl. — kr.
Zins vom 1. Mai 1846 bis 1. Februar 1847 für 276 Tage . . . . . . 17 fl. 1 kr.
562 fl. 1 kr.

und empfängt verzinslich vom 1. Febr. 1847 an

a) baar
1) bei J. Z. hier als Käufer von drei Sestern Acker im Lähmfeld . . . . . 93 fl. 51 kr.
2) bei M. Sp. Käufer von 2¾ Sester Acker im Köpfle . . . . 91 fl. 4 kr.

b) Auf Martini 1847.
1) bei J. Z. 83 fl. 20 kr.
2) bei M. Sp. 81 fl. 40 kr.
3) bei B. selbst 47 fl. 6 kr.
212 fl. 6 kr.

c) Auf Martini 1848.
1) bei J. Z. 83 fl. 20 kr.
2) bei M. Sp. 81 fl. 40 kr.
165 fl. — kr.
562 fl. 1 kr.
Rest — „ — „

Verwiesen Oberhausen den 1. Februar 1847.
Bürgermeisteramt
J.
U. Fr. Rathschreiber.

§. 1.

An dieser Verweisung fällt schon das Beschwerende gegen den Gläubiger auf, daß er mit einem Theile seiner Forderung an den Schuldner selbst und zwar auf Termin verwiesen worden, dessen Saumsal in Entrichtung der Zinse ihn zur Aufkündigung und Einklagung des Capitals genöthigt hatte, und von dessen schlechtem Willen er voraussieht, daß er seiner Zeit auch den angewiesenen Betrag besonders einklagen müßte. Ueberhaupt hält sich A. berechtigt, sein Darlehen in einer ungetheilten Summe, sowie es der Schuldner von ihm empfangen, und in der Schuld- und Pfandurkunde bedungen worden, zurückzufordern; hat daher die Verweisung dem Bürgermeister mit der Erklärung zurückgeschickt, daß er solche aus eben angeführten Gründen nicht annehme, sondern einen bessern Vollzug des richterlichen Auftrags erwarte; worauf aber der Bürgermeister eine Antwort nicht gegeben, noch dem Begehren entsprochen hat.

§. 2.

Zur Begründung eines rechtlichen und wirksamen Antrags des Gläubigers an das Richteramt wird nicht allein die Gesetzgebung über die Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner — Darleiher und Anleiher — (über das materielle Recht) sondern auch über die Art und Weise der richterlichen Hilfeleistung und deren Umfang in Erwägung zu ziehen, und mit dem vorliegenden Verweisungsgeschäft zu vergleichen sein.

In Beziehung auf das materielle Recht des Gläubigers sind folgende Rechtssätze besonders in's Auge zu fassen:

a) Der Anleiher muß die geliehenen Sachen (Geld, Gold oder Waaren) in gleicher Menge und Güte und zu der bedungenen Zeit wieder erstatten. — Landrechtsatz 1892, 1897, 1903.

b) Der Schuldner kann dem Gläubiger keine Stückzahlung aufdringen; selbst dann nicht, wenn die Schuld theilbar ist. — Landrechtsatz 1244.

c) Das Unterpfand ist ein auf der Sache haftendes Recht, welches Liegenschaften für die Zahlung einer Schuld zu haften verbindet. Es ist seiner Natur nach untheilbar, und haftet auf allen eingesetzten Liegenschaften zusammen, sowie auf jeder einzeln und auf jedem Theil derselben. — Landrechtsatz 2114.

d) Niemand, der Lieferung oder Zahlung zu fordern hat, kann wider seinen Willen angehalten werden, sich damit an einen Dritten weisen zu lassen, wenn er nicht dazu sich zuvor besonders verbindlich gemacht hat. — Landrechtsatz 2010 c.

§. 3

Nach diesen klaren Rechtssätzen, im Einklang mit dem Schuld- und Pfandvertrag, braucht der Gläubiger eine Anweisung an einen Dritten nicht anzunehmen, noch Termine sich gefallen zu lassen, sondern er darf seine

volle Befriedigung zu der bedungenen Zeit verlangen. Allein eine andere Frage ist es, in welchem Umfange diesen Rechtsansprüchen des Gläubigers im gerichtlichen Wege Genüge geschehen kann. Ein Widerspruch zwischen Landrecht und dem Proceßverfahren darf zwar nicht bestehen, da letzteres als Mittel zum Zweck dienen und der Ausübung des Rechts die nöthige Staatshilfe leisten soll; allein diese findet ihre Beschränkung in der schonenden Rücksicht, welche auf die Lage des Schuldners zu nehmen, das Gesetz dem Richter erlaubt und zur Pflicht macht. Eine derartige Bestimmung enthält sogar das Landrecht selbst, nämlich der Nachsatz des oben angeführten Landrechtsatzes 1244, welcher seiner Natur nach in das Proceßverfahren gehört, und wörtlich so lautet:

„Der Richter kann gleichwohl, je nach der Lage des Schuldners, mäßige Zahlungsfristen gestatten, und unter Vorsorge für Erhaltung des bisherigen Standes der Sache das gerichtliche Verfahren eine Zeitlang einstellen; jedoch hat er diese Macht mit vieler Behutsamkeit zu gebrauchen."

Zachariä (Handbuch des französischen Civilrechts, 2. Band §. 319) macht von diesem Nachsatze folgende Auslegung: der Richter habe das Recht, den durch den Rechtstitel der Verbindlichkeit bestimmten Zahltag weiter hinaus zu verlegen, auch dem Schuldner statt dieses Zahltags gewisse Zahlungsziele zu setzen. Es dürfe jedoch der Richter nur dann von diesem Rechte Gebrauch machen, wenn der Schuldner nachweisen könne, einerseits daß sein Vermögen zur Bezahlung der Schuld mehr als hinreichend sei, und andererseits daß er durch die strenge Vollstreckung der ihm obliegenden Verbindlichkeit in einen bedeutenden Verlust versetzt werden würde. Und selbst dann, wenn der Schuldner das eine und das andere nachweisen könne, habe der Richter noch überdies die Lage des Gläubigers zu berücksichtigen, und jenes Recht, sowohl was die Dauer der zu verstattenden Zahlungsfrist, als was die Zahl der dem Schuldner einzuräumenden Zahlungsziele betreffe, nur mit der größten Mäßigung auszuüben.

Brauer giebt diesem Satze zum Theil eine von obiger Auslegung Zachariä's abweichende Erklärung, indem er sagt (Erläut. über d. Code Nap. 3. Band, S. 183): der Richter müsse nur durch Einstellung des Verfahrens einschreiten, d. h. Frist zu dessen Fortsetzung, nicht zur Zahlung selbst geben. Dieser Unterschied sei für Rechtslehre und Rechtsgebrauch wichtig; in ersterer Beziehung, weil dem Richter nicht über die Vertragsverbindlichkeiten, wohl aber über den Gang der Gerichtshandlungen ein Ermessen zustehe, er also auch nur in der letzteren Form einen Aufschub gestatten könne; für den Rechtsgebrauch aber darum, weil eine zur Zahlung selbst gegebene Frist, indem sie einen neuen Verfalltag setzte, dem Gläubiger, der etwa indessen Mittel fände, eine gleichbaldige Zahlung als ausführbar darzulegen, die Befugniß, davon Gebrauch zu machen, benehmen würde. Darin stimmt jedoch Brauer mit Zachariä überein, daß der Richter mit vieler Behutsamkeit dabei verfahren, alle Umstände, welche auf die zu nehmenden Rücksichten einschlagen, vollständig und sicher erheben solle, ehe er verwillige, und sich nicht mit Muthmaßungen und oberflächlichen Ansichten begnüge. Ein Richter, der in diesen Schranken bleibe, könne niemals in Gefahr kommen, durch Willkür das Recht zu benachtheiligen. An einer andern Stelle, bei dem Darlehen nämlich, zu L. R. S. 1900 räumt Brauer dem Richter zwar das Recht, Frist zu gestatten, ein; jedoch, behauptet er, dürfe sie das Aufkündigungsmaaß nicht überschreiten.

§ 4.

Nach keiner von beiderlei Ansichten verhält es sich in unserer Praxis. Wenn die Aufkündigungsfrist von gewöhnlich einem Vierteljahr fruchtlos abgelaufen oder überhaupt der Schuldner in Zahlungs-Saumsal ist, so pflegt der Gläubiger bei dem betreffenden Richteramt im kurzen Wege einen Zahlungsbefehl zu lösen. Dieser erste Befehl ist ein bedingter, worin dem Schuldner aufgegeben wird, in einer richterlich anberaumten Frist die Schuld zu bezahlen, oder binnen gleicher Frist seine etwaigen Einwendungen gegen die klägerische Forderung auf den Befehl zu bemerken oder vorzubringen (§. 721 der Proceßordnung spricht von einer „angemessenen" Frist, welche je nach der Größe der Forderung vom Richter bestimmt zu werden pflegt, gewöhnlich aber vier Wochen nicht übersteigt.)

(Fortsetzung folgt.)

Berichtigung.

Zu Nr. 21. Aufsatz III. dieser Blätter haben sich einige Druckfehler eingeschlichen, indem es S. 179. Zeile 10 von unten und S. 180. Z. 8 von oben statt „21024" heißen sollte: „2102. Nr. 4", und S. 180. Zeile 14 von oben statt: „für den Besitz der Waaren hafte", lauten muß: „den Besitz der Waaren halte", um den richtigen Sinn auszudrücken.

D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe, den 10. Juli 1847.

I.

Betrachtungen über unser Vollstreckungsverfahren insbesondere bei Zwangsversteigerungen von Liegenschaften und über Verweisungen.

(Fortsetzung.)

Geschieht keines von beiden, und der Gläubiger ruft an, so wird ein zweiter und zwar unbedingter Befehl mit einer weitern Frist von etwa 8 bis 14 Tagen und zwar mit Androhung richterlichen Zwanges bei abermaligem Ungehorsam erlassen. Ist auch die zweite richterliche Frist ohne Erfolg verstrichen, so wird auf Anrufen des Klägers dann erst ein Vollzug auf Fahrniß oder Liegenschaften des Schuldners je nach dem Antrag des erstern und nach Beschaffenheit der Sache erkannt. Dieser Vollzug nimmt auch keinen kurzen Zeitraum in Anspruch. Es wird in der Verfügung der Zwangsversteigerung unbeweglicher Güter ausgedrückt, daß nach dreißig Tagen von dem Tage an, wo dieselbe dem Schuldner eingehändigt worden ist, zur Einleitung der wirklichen Versteigerung zu schreiten sei. — Proceßordnung §. 1029. — Nach Ablauf dieser dreißig Tage wird, — wenn sich nicht ein erst zu hebendes Hinderniß der Versteigerung ergibt, welches z. B. darin bestehen könnte, daß der Schuldner die Schätzung für zu nieder hielte, und die richterliche Anordnung einer neuen Schätzung durch andere von ihm ernannte Schätzer veranlassen würde, — der Tag zur Vornahme einer ersten Versteigerung so bestimmt, daß die Zwischenzeit vom Tage der Bestimmung an bis zum Versteigerungstag nicht unter einem und nicht über drei Monate beträgt; den Fall ausgenommen, wo vom Richter selbst eine weitere Hinaussetzung angeordnet ist; denn der Richter kann auf Antrag des Schuldners den Tag der ersten Versteigerung weiter und bis auf sechs Monate, und den der zweiten Versteigerung bis auf drei Monate hinauszusetzen verordnen, wenn er dafür hält, daß wegen des hohen Werthes oder der besondern Beschaffenheit der zu versteigernden Güter keine oder wenige Bieter sich in der Nähe befinden mögen. Proceßordnung §. 1033 und 1034. Wird eine zweite Versteigerung nothwendig, so wird der Tag hiezu beim Schlusse der ersten bestimmt und den Anwesenden bekannt gemacht. Die Zwischenzeit von da bis zu dem zu bestimmenden zweiten Versteigerungstag muß wenigstens die Hälfte der frühern den Regeln des §. 1033 gemäß bestimmten Zwischenzeit, und darf in keinem Falle mehr als die ganze Dauer derselben betragen. §. 1050.

Die Proceßordnung spricht nämlich von einer ersten und von einer zweiten Versteigerung, welch' letztere nur gehalten werden soll, wenn sie nothwendig wird. vid. §. cit. — Es ist jedoch in diesem Falle die erste Versteigerung nicht als ein rechtsverbindlicher Akt der Veräußerung, sondern nur als ein Versuch zu betrachten; denn bei dem ersten Versteigerungsact verkündigt der Vollzieher (in der Regel der Ortsvorgesetzte) daß der endliche Zuschlag erfolge, wenn der Schätzungspreis oder darüber geboten werde, §. 1044; ist nun das Gebot unter dem Schätzungspreis geblieben, so wird die Steigerungstagfahrt ohne Zuschlag geschlossen, es bleibt kein Bieter an sein Gebot gebunden, der Akt blieb ohne Erfolg: es tritt also der Fall der Nothwendigkeit einer zweiten Versteigerung ein, und deren Ankündigung enthält die ausdrückliche Bestimmung, daß der endliche Zuschlag um das höchste Gebot erfolge, auch wenn solches unter dem Schätzungspreise bleiben würde, §. 1051.

§. 5.

Die Fristen von der Kapitalaufkündung an

(auch ohne Hinzurechnung der Zwischenzeiten bis zur Klage und Ausfertigung der richterlichen Beschlüsse) bis zum Vollzug nehmen die Geduld des Gläubigers auch in den einfachsten Fällen und bei ganz unbestrittenen Forderungen wenigstens auf ein halbes Jahr in Anspruch, öfter aber auf ein ganzes Jahr und darüber; und dann erst ist er oft noch weit von dem Zeitpunkte seiner Befriedigung entfernt, weil der Vollzug nicht auch nothwendig die gleich baare Bezahlung mit sich führt, sondern auch hier ein richterliches Ermessen zu Gunsten des Schuldners und eine theilweise Vertröstung des Gläubigers auf die Zukunft eintreten darf, indem §. 1068 der Proceßordnung wörtlich vorschreibt:

„Auf Antrag des Schuldners verfügt der Richter die Versteigerung auf Zahlungsziele, die ohne Zustimmung der betheiligten Gläubiger im Ganzen die Zahlung nicht über drei Jahre vom Tage des Zuschlags hinaussetzen dürfen."

„Der Richter muß einen baar zu bezahlenden Theil des Steigerungspreises von wenigstens einem Fünftheile desselben festsetzen, es müssen von dem übrigen Theil gewöhnliche Zinse vorbehalten, und dem Steigerer muß freigelassen werden, den ganzen Steigerungspreis sogleich zu entrichten." *)

Durch diese dem Richter eingeräumte Gewalt ist freilich der Grundsatz, daß dem Gläubiger keine Stück-

---

*) Der Commissionsbericht über den Entwurf der Proceßordnung, insbesondere über das Vollstreckungsverfahren bei Zwangsversteigerung von Liegenschaften sprach sich in dieser Hinsicht also aus:

„Der Richter kann zwar auf Antrag des Schuldners eine Versteigerung auf Zahlungsziele anordnen, jedoch dürfen diese ohne Zustimmung der betheiligten Gläubiger nicht über ein Jahr vom Tage des Zuschlags hinausgesetzt, auch muß ein Fünftel des Steigerungspreises baar bezahlt und das Uebrige verzinset werden; sollte aber eine Versteigerung auf mehrjährige Zahlungsziele begehrt werden, so muß sich nicht nur ein Käufer für die Ziele gegen gleich baare Zahlung darstellen, sondern auch Sicherheit für die Baarzahlung geleistet werden. Durch diese Anordnung wird der Gläubiger gegen lässige Rückzahlung und gegen allzulangen Zahlungsaufschub gesichert, es wird aber auch zugleich die möglichste Schonung des Schuldners bezweckt, wenn er nämlich einen Zielerkäufer auffinden kann; die mit der Versteigerung auf mehrjährige Ziele zugleich mit verbundene Versteigerung auf Baarzahlung, oder auf einjährige Ziele nach §. 1074 hat aber auch ferner das Gute, daß im Falle erstere Steigerung erfolglos bleibt, zur Zeit- und Kostenersparung keine abermalige Versteigerung statt finden darf."

Aus diesem Berichte erhellt, daß nach dem Entwurf der Proceßordnung nur eine Jahresfrist bis zu seiner vollen Befriedigung dem Gläubiger zugemuthet werden durfte, wogegen in dem zu Stande gekommenen Gesetze selbst der Richter dem Schuldner drei Jahresziele gegen den Willen des Gläubigers bewilligen darf. Es war diese gesetzliche Bestimmung das Ergebniß der landständischen Verhandlung in der Sitzung der zweiten Kammer vom 25. November 1831, wovon zum Verständniß der Motive hier ein Auszug zweckdienlich sein dürfte.

„§. 1072 d. Entwurfs:"

„Körner: man sollte diesen Termin verlängern, denn man erwäge nur die Verhältnisse des Volkes, wenn man blos einjährige Zahlungsziele gestatten will."

Bekk: wenn man den öffentlichen Credit fördern will, so darf man dieß nicht thun; denn wenn kurze Fristen bestehen, und der Gläubiger weiß, daß er zu einer bestimmten Zeit zu seinem Geld kommt, so kommt der Schuldner nicht leicht in die Verlegenheit, kein Geld zu erhalten; und wenn eine Gegend durch eine große Theuerung oder sonstige Bedrängniß in Verlegenheit kommt, so daß mit solchen Terminen nicht auszureichen wäre, so giebt der §. 1075 der Regierung das Recht, durch ein Provisorium für diesen Bezirk auf eine bestimmte Zeit eine Ausnahme anzuordnen.

Körner: Ich weiß aus der Erfahrung, daß ein so kurzer Zahlungstermin auf den Werth der Güter einen sehr schlimmen Einfluß hat. Ich will den Termin nicht zu weit ausgedehnt haben; allein ein Jahr ist zu kurz, und ich schlage daher zwei Jahre als Maximum vor. v. Tscheppe erklärt sich gegen diesen Antrag, indem in den meisten Orten sechsjährige Termine eingeführt seien, und die Gläubiger nichts dabei verlören.

Duttlinger: Diese sechsjährigen Termine haben auch bewirkt, daß man nach sechs Jahren wieder einen sechsjährigen Termin erhalten hat, und ich trage deßhalb auf einen dreijährigen Termin an.

Staatsrath Nebenius: Eine größere Zahl von Fristen macht die Steigerer gar zu sehr geneigt, zu kaufen, ohne ihre Kräfte zu bemessen, was die Folge hat, daß, wenn es an die letzten Termine kommt, nicht bezahlt werden kann, und eine zweite Versteigerung erfolgen muß, wie ich denn aus der Erfahrung weiß, daß man auf diese Weise an die dritte und vierte Reihe von Steigerern verwiesen hat, und ein Gläubiger, der den gewöhnlichen Weg der Execution betreten hat, erst in vierzehn Jahren zu seinem Gelde kommen kann, und zwar ohne alles Verschulden der Richterbehörden. Wir glaubten deßhalb, die Prozedur im Interesse der Klasse der Schuldner selbst abkürzen zu müssen, denn es ist ein übel verstandenes Mitleiden, wenn man Bestimmungen giebt, welche die wirkliche Befriedigung der Gläubiger im Wege der Vollstreckung auf solche Weise verzögern können, daß die Kapitalisten zuletzt Anstand nehmen, ihr Geld auf Hypotheken zu leihen, und den Staatspapieren solches zuführen. Wenn der Gläubiger weiß, daß er auf dem ge-

zahlungen aufgedrungen werden dürfen, fast aufgehoben oder vor Gericht selten mit Wirkung geltend zu machen,

wöhnlichen Wege in einem Jahre zu seinem Geld kommen kann, so wird er in manchen Fällen nicht aufkünden, wo er bisher nicht aufgekündigt hat; denn er wird leicht Kapitalisten finden, die ihm gegen Cession des Kapitalbriefs den vollen Werth seiner Forderung bezahlen, während ein Gläubiger da, wo man bei den Gerichten Jahre lang herumgezogen wird, nur gegen bedeutenden Nachlaß seinen Kapitalbrief verwerthen kann. Das waren die Gründe für die Bestimmungen des Entwurfs; wenn man aber dem Richter das Recht geben will, nach Umständen weitere Zahlungstermine zu bewilligen, so werde ich nicht dagegen seyn.

Knapp: Auch ich bin für längere Termine, denn der Nutzen derselben zeigt sich besonders bei Auswanderern, die ihre Güter auf mehrjährige Termine versteigern; sie verkaufen dann dieselben, und finden doch ihre Rechnung dabei, während wenn eine alsbaldige Zahlung erfolgen müßte, sich wahrscheinlich keine Käufer finden würden. Man muß nicht blos von den Städten sondern auch von den Landgemeinden sprechen, die durch die Manipulationen des Staats verschuldet sind, und die wenn man jetzt auf einmal einen so kurzen Termin einführen wollte, zum Theil zu Grunde gerichtet werden könnten.

Wetzel II. erklärt sich mit dem Abg. Körner einverstanden weil die Anordnung so kurzer Fristen das sichere Mittel wäre, einen großen Theil der Landleute vielleicht innerhalb fünf Jahren in die Gant zu bringen.

Merk: Man ist jetzt in das andere Extrem verfallen, indem man die vielen Termine in zu wenige verwandeln will, und ich bin deßhalb mit dem Abgeord. Körner einverstanden, da es nicht die Termine selbst sind, gegen die man sich bis jetzt aufgehalten hat, sondern die Nichtbeobachtung der Termine, indem die Executionsordnung nicht so beschaffen war, daß die Zahlung erfolgte. Es gibt ein gewisses natürliches Nachgeben, das besser ist, als wenn man mit aller Strenge verfährt, und ich unterstütze den Antrag des Abg. v. Tscheppe auf drei Jahre, wobei man dem Richter das Uebrige überlassen sollte, da für den Reichen eine große Summe weniger als für den Armen eine kleine ausmachen kann.

Fecht: Ich muß noch einen Grund für den Antrag des Abg. Körner geltend machen: Hauptproducte in unserm Lande sind bekanntlich Wein, Hopfen und Tabak, die selten zwei Jahre hintereinander gerathen; bei dem Kaufe rechnet man nun schon darauf, daß man für das nächste Jahr nicht zahlen kann; und wenn deßhalb zwei Jahre hier festgesetzt sind, so werden sich um so eher Käufer finden.

Martin: Der Nachsatz sagt zwar, daß der Richter helfen könne; ich wünschte aber die Bestimmung, daß ein Fünftel baar bezahlt werden müsse, denn nur dann könnte ich zweijährigen Terminen meine Zustimmung geben.

Körner: Nach der Erklärung des Herrn Regierungscommissärs hat man, nach dem Entwurfe des Gesetzes, so ziemlich nur auch ist dem Gläubiger mit der Bestimmung des §. 1071 wenig gedient, welcher also lautet:

„Kein Gläubiger ist schuldig, gegen seinen Willen Zahlung von mehr als einem Steigerer anzunehmen, sondern es müssen auf sein Verlangen die Zahlungen an die Hinterlegungskasse geschehen, aus welcher derselbe mit dem ganzen Betrag, der ihm gebührt, auf einmal zu befriedigen ist."

„Von dem Zeitpunkt der an die Hinterlegungs-

das Interesse des Gläubigers im Auge gehabt; allein ich habe auch das Interesse des Schuldners im Auge; und wenn man Zahlungstermine von einem Jahre festsetzt, so begeht man ein großes Unrecht und einen Raub an dem Eigenthume der Schuldner, und bei dem nächsten Landtage würden häufige Klagen darüber vorgebracht werden. Es gibt auch Orte, wo sich keine Zahlungstermine festsetzen lassen, weder von dem Steigerer noch von dem Vollziehungsbeamten, sondern der Termin bestimmt sich selbst, dem sich unter keiner Bedingung widersetzt werden darf. Ich wiederhole daher, wenigstens einen Termin von zwei Jahren festzusetzen.

Staatsrath Nebenius: Man scheint mich mißverstanden zu haben, ich habe gesagt, daß der Vorschlag der Regierung das Interesse der Gläubiger vorzugsweise berücksichtige; nein: die Abweichung von dem bisherigen Verfahren beruht lediglich darauf, dem Schuldner mehr Sicherheit dafür zu verschaffen, daß er von den Gläubigern nicht gedrückt werde, und zum Vortheil der zahlreichen Klasse der Schuldner dem Privat-Credit eine festere Stütze zu geben, damit die Kapitalien der Vermöglichern nicht auswärtigen, öffentlichen Fonds zugewendet werden.

Es sind übrigens die Verbesserungen des bisherigen Executionsverfahrens so bedeutend, (?) daß ich hoffe, der Credit werde dennoch bestehen, wenn man auch den Termin etwas erweitert. In Betrachtung der erhobenen, auf Erfahrungen in dem praktischen Leben sich stützenden Bedenklichkeiten, mache ich daher keine Einsprache gegen eine Abänderung und eine Verbesserung des Artikels in dem Sinne des Abgeordneten Körner.

Rettig v. C.: Wenn so große Termine schon durch das ganze Vollstreckungsverfahren bis zu Ende gegeben, wenn in den folgenden Paragraphen dem Schuldner selbst noch Wege geöffnet sind, auf denen er der strengen Vollstreckung entgehen kann, und wenn sogar nach §. 1075 in gewissen Ausnahmsfällen erlaubt ist, weitere Zieler zu geben, so kann man sich nicht beklagen, wenn hier die Zahlungszieler auf ein Jahr festgesetzt sind. Ich bin nicht der Meinung des Abg. Körner, daß dadurch der Credit Noth leide, und mancher Schuldner in eine traurige Lage komme, sondern der Credit wird untergraben, wenn so lange Termine bestehen, und die Erfahrung lehrt, daß in den Gemeinden, wo dreijährige Termine eingeführt waren, die Güter doch nicht viel gewonnen haben.

„Es wird hierauf beschlossen, die Termine auf drei Jahre zu setzen."

Der Einsender.

kasse geschehenen Zahlung eines Steigerers hat in diesem Falle der Gläubiger von der bezahlten Summe keine andere als diejenigen Zinse anzusprechen, welche die Kasse ordnungsmäßig von hinterlegten Geldern entrichtet."

Die Amortisations-Kasse ist die Hinterlegungskasse für baares Geld, welches nach den Gesetzen zur öffentlichen Hinterlegung sich eignet. Die Obereinnehemereien sind beauftragt, Namens der Hinterlegungskasse die Zahlungen zu empfangen und die Rückzahlungen zu leisten. Die Hinterlegungskasse verzinst die hinterlegten Gelder mit zwei vom Hundert für das Jahr, die Verzinsung beginnt aber erst mit dem 91. Tage nach der Hinterlegung. — Siehe Verordnung vom 3. August 1837 im Reggierungsblatt St. XXVI.

Ein Gläubiger, der sein Kapital zu 5 oder auch nur zu 4 Procent angelegt hat, und zum Rückempfang desselben vom Schuldner nicht anders als im richterlichen Vollstreckungsverfahren gelangen kann, wird sich eher Verweisungen an die Gütersteigerer auf Zieler gefallen lassen, um von diesen die gewöhnlichen Zinse zu beziehen, als die Hinterlegung der Gelder zu verlangen, in welchem Falle er einen so bedeutenden Verlust am Zins leiden, und dennoch mit seiner Befriedigung bis zum letzten Ziel zuwarten müßte.

§. 6.

Den Weg zu einer andern Erhebungsart der Zieler als aus den Händen der Güterkäufer oder aus der Hinterlegungskasse bezeichnet dem Gläubiger die Verordnung und Instruction für das Verfahren bei Zwangsversteigerungen von Liegenschaften und Verweisung der Erlöse, welche den zu diesen Handlungen beauftragten Ortsvorständen zur Pflicht macht, zu jeder Versteigerung von Liegenschaften, worauf eingetragene Unterpfandsrechte haften, die Gläubiger schriftlich einzuladen, und dabei aufzufordern, einen Gelderheber zu bestellen, wozu ihnen ein tauglicher Mann vorzuschlagen ist, wenn sie nicht an die Käufer der Liegenschaften selbst mit ihren Forderungen angewiesen werden wollen. S. Vrdg. v. 13. Nov. 1830. Reggsbl. St. XVI.

Auf diesem Wege kann der Gläubiger auch nur stückweise, nämlich in den Steigerungszielern allmählig zu seiner Bezahlung gelangen; und hier wie dort kann der Grundsatz, daß dem Gläubiger wider Willen eine Anweisung an einen Dritten nicht aufgedrungen werden darf, nicht in seinem vollen Umfange ausgeübt werden, weil der Gläubiger in jedem Falle aus einer andern Hand als jener seines ursprünglichen Schuldners das Geld zu empfangen hat.

§. 7.

Das Gesetz sagt nicht, daß der Antrag des Schuldners auf Zahlungszieler bei dem Richter zu begründen sei, und durch welche Gründe; da jedoch das richterliche Ermessen nicht in bloßer Willkür bestehen darf, und nur mit großer Vorsicht und Mäßigung auszuüben ist, so wird es sich wohl von selbst verstehen, daß der Schuldner erhebliche Umstände zur Motivirung der verlangten Fristen dem Richter anführen und nachweisen muß. Ein gewöhnlicher Grund, und zwar ein solcher, der laut der oben angeführten landständischen Discussion als Hauptmotiv hervorgehoben wurde, ist der, daß nach den bestehenden Orts-, Zeit- und andern Verhältnissen die Liegenschaften bei Versteigerungen auf baare Zahlung nicht um ihren Werth angebracht werden. Da den Zwangsversteigerungen eine Schätzung der Güter durch verpflichtete Männer zu Grunde gelegt werden muß, §. 1039 der Proceßordnung, und unmittelbar vor dem Beginn der Versteigerung verkündigt wird, daß der endliche Zuschlag erfolge, wenn der Schätzungspreis oder darüber geboten werde, §. 1044; so dürfte in solchem Falle, wo der Schätzungspreis auch bei bedungener Baarzahlung des Erlöses erzielt wird, kein Grund vorhanden sein, den Richter zur Bewilligung einer Versteigerung auf Zieler zu bestimmen. In der Praxis kommt jedoch weder ein deßfallsiger Antrag des Schuldners an den Richter, noch ein Beschluß des Richters hierüber vor, sondern nachdem das Amt Zugriff auf Liegenschaften erkannt und den Befehl zum Vollzug an den Vollstreckungsbeamten erlassen hat, so wird bei diesem und von demselben alles Uebrige besorgt, was auf die Versteigerung der Liegenschaften Bezug hat; insbesondere werden neben andern Steigerungsbedingungen auch die Zieler festgesetzt und mit den andern unmittelbar vor dem Steigerungsact verkündet. Nur im Falle, daß gegen die Bestimmung der Zahlungstermine von Seiten einer oder der andern Partei Einsprache erhoben würde, müßte die Sache vor dem wirklichen Vollzug an's Amt zur Entscheidung gelangen. Auf jeden Fall würde es dem Rechte des Gläubigers angemessener sein, mit der Versteigerung auf Zieler auch einen Versuch mit einer solchen auf Baarzahlung zu verbinden, und je nach dem Erfolg dieser oder jener den Zuschlag zu ertheilen.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 29. Karlsruhe, den 17. Juli 1847.

I.

Betrachtungen über unser Vollstreckungsverfahren insbesondere bei Zwangsversteigerungen von Liegenschaften und über Verweisungen.

(Schluß.)

§. 8.

Die Verordnung über Zwangsversteigerungen vom 18. April 1832 im Reggsbl. Nr. XXI. besagt unter andern:

„§. 53. — Wenn so viel erlöst ist, als der betreibende Gläubiger und alle Andere, welche aus dem Erlös zu befriedigen sind, zu fordern haben, wird mit fernerer Versteigerung eingehalten."

„§. 54. — Wenn durch einen bedeutenden Mehrerlös eines Stücks über den Schätzungswerth sich die Möglichkeit zeigt, daß dem Schuldner ein Theil des zur Versteigerung Ausgesetzten erhalten werden kann, so darf der Ortsvorsteher die von den Schätzern bestimmte Reihenfolge der zu versteigernden Stücke nach dem Antrag des Schuldners abändern."

Es entsteht nun die Frage, ob diese Bestimmungen auch gegen den Pfandgläubiger gelten, der aus dem Verkauf aller oder der meisten ihm eingesetzten Pfandobjekte zur baaren Bezahlung gelangen kann, wohingegen bei der Veräußerung nur eines Theils derselben eine Verweisung auf Zieler nothwendig würde.

Diese Frage wird nach der Natur und dem Zwecke der Unterpfands- (Hypothekar-) Klage, sowie nach dem oben angeführten S. 2114 über die Untheilbarkeit des Pfandrechts negativ zu beantworten sein: nämlich der Pfandgläubiger wird auf der Versteigerung so vieler Pfandstücke bestehen dürfen, als nöthig ist, um seine baare Befriedigung zu erhalten.

§. 9.

Nach obenerwähnter Instruction vom Jahr 1830 hat der Ortsvorgesetzte auf den Grund der von den Parteien oder dem Amt genehmigten Versteigerung die Schuldverweisung zu entwerfen, und sie dem Gläubiger und Schuldner zur unterschriftlichen Anerkennnng vorzulegen. Will ein oder der andere Theil den Entwurf nicht anerkennen, so werden dessen Erinnerungen an Unterschrift statt beigesetzt. Erfolgt hierauf von Seiten des Amts oder Amtsrevisorats keine Aenderung, so wird die Verweisung nach dem Entwurf vollzogen, §. 2 und 3 der Instruction. Ueber die Form der Verweisungen sind Formulare vorgeschrieben, nnd zwar für die zwei Fälle, wenn entweder ein Gelderheber bestellt werden, oder wenn der Gläubiger selbst das Geld erheben will.

Diese Instruction kann manchem Zweifel über die Erledigungsart der Mängel des Verweisungsgeschäftes Raum geben. Es kann solches dem Gläubiger (wie in vorliegendem Falle) Anlaß zu einer Beschwerde geben; es ist aber in dieser Instruction so wenig als in der Proceßordnung selbst ein Rechtsmittel der Beschwerdeführung gegen widerrechtliche oder mangelhafte Verweisung gegeben. Der §. 1054 der Proceßordnung, wornach alle Klagen oder Beschwerden wegen behaupteter Fehler bei dem Versteigerungsverfahren oder dem Zuschlag in vier Wochen nach dem endlichen Zuschlag erlöschen, scheint sich nicht auf die Verweisungen zu erstrecken. Es wird übrigens gleichgiltig sein, weil die Errinnerungen gegen die Verweisungen, mag man sie Beschwerden oder wie sonst heißen, einer Erledigung, und zwar im kürzesten Wege bedürfen. Auch ist nicht gesagt, wann und inwieweit das Amtsrevisorat die gegen die Verweisung gemachten Erinnerungen zu erledigen

hat; doch wird die Competenz hierüber aus der Unterscheidung der streitigen Gerichtsbarkeit von der willkürlichen oder sogenannten Rechtspolizei sich ergeben; folglich das Amt Beschwerden gegen die als rechtswidrig angefochtenen Verweisungen durch Bescheid zu erledigen, das Amtsrevisorat aber andere Mängel zu verbessern haben.

§. 10.

Vergleicht man nun mit dieser Zusammenstellung und Erwägung der gesetzlichen Bestimmungen das vorwürfige Vollstreckungs- und Verweisungsverfahren, so wird man dieses mit jenem nicht in Uebereinstimmung finden; insbesondere werden mehrere Mängel sich herausstellen, und zwar:

1) Ist der Pfandgläubiger vom Ortsvorgesetzten, dem die Güterversteigerung gerichtlich aufgetragen war, zu diesem Act nicht eingeladen, noch der dazu anberaumte Tag ihm eröffnet worden; daher er noch nicht einmal weiß, ob die zwei in der Verweisung als „Käufer" genannten Männer die bezeichneten Liegenschaften in einer öffentlichen Versteigerung erstanden, oder durch Privatkauf mit dem Eigenthümer erworben haben. War ersteres wirklich der Fall, und zwar auf die in der Verweisung angeführten Zieler, so ist doch dem Gläubiger unbekannt, ob ein begründeter Antrag des Schuldners auf Bewilligung von Fristen an das Amt (oder den Vollstreckungsbeamten) gestellt, und vom Amt diesem Antrag willfahrt worden ist.

2) Ist der Gläubiger ohne Gehör und Einwilligung an zwei Käufer nnd zugleich theilweise wieder an den alten Schuldner angewiesen worden.

3) Es ist dem Gläubiger kein Vorschlag eines tauglichen Gelderhebers gemacht, und derselbe zur Erklärung nicht aufgefordert worden, ob er die Gelder durch diesen oder selbst erheben wolle.

4) Dem Pfandgläubiger sind in der Schuldurkunde vier Liegenschaften versetzt, und auf deren Versteigerung zu seiner vollen Befriedigung ist gerichtlich erkannt; in der Verweisung aber ist nur von dem Verkauf zweier Güterstücke die Rede, daher die Vollstreckung unvollständig, und eben deßwegen auch unzureichend zur baaren Bezahlung der Schuld erscheint.

Diese Erinnerungen gegen das Vollzugsgeschäft wären daher dem Amt zur rechtlichen Erledigung vorzulegen.

Aus der Betrachtung unseres Vollstreckungsverfahrens gemäß den Vorschriften der Proceßordnung erhellt, daß der Gläubiger, namentlich der Geldbarleiher durch die Bestimmung der Schuld- und Pfandurkunde, wornach das Darlehen nach dreimonatlicher Auffkündigung von dem Schuldner dem Gläubiger heimbezahlt werden soll, gegen Verweisungen und Zieler (Zahlungstermine) nicht gesichert ist. Gefahr und Verlust, wenigstens am Erträgniß des Kapitals, dem bedungenen Zins, um welchen das Geld hergeliehen wird, ist damit immer in größerem oder geringerem Maße verbunden, und damit oft die karge Unterhaltsrente eines Gläubigers geschmälert und gefährdet, denn nicht alle Gelddarleiher oder Gläubiger sind reiche sogenannte Kapitalisten, und sind daher ebenso des richterlichen Schutzes wie ein Schuldner würdig und bedürftig. Tägliche Beispiele, besonders bei den Auswanderern nach Amerika, welche ihre Liegenschaften auf Zieler verkaufen, und die Verweisungen gegen baares Geld anbringen müssen, liefern Beweis genug, daß und wie viel weniger werth sind Anweisungen als baares Geld.

Welche erlaubte und wirksame Cautelen gibt es nun für den Gläubiger (Darleiher) gegen solche Nachtheile und Verluste? Daß Anbedingung höherer Zinse als der gesetzlich erlaubten oder gar ein Abzug zum Voraus an dem herzuleihenden Kapital des Gläubigers nur als ein schändliches Gewerbe des sogenannten Wucherers anzusehen wäre, daher nicht als eine rechtliche Schutzwaffe gegen Verlust in Vorschlag gebracht werden kann, versteht sich wohl von selbst. Manche Darleiher suchen sich durch die Clausel in der Schuldurkunde vorzusehen, daß die Heimbezahlung des Kapitals nicht stückweise und nicht durch Verweisungen auf Zieler geschehen darf, sondern nur in runder baarer Summe, wie das Geld hingeliehen worden ist. Diese Vorsichtsmaßregel erscheint theils unerheblich, theils unwirksam; denn die Bedingung, daß keine stückweise Zahlung dem Gläubiger aufgedrungen werden darf, ist schon im Gesetz enthalten (in oben schon citirtem Landrechtssatz 1244) und die Verweisung an die Güterkäufer bei Zwangsversteigerungen kann obiger Clausel ungeachtet nicht verhindert werden, indem nach den obengedachten Bestimmungen der Proceßordnung und der Instruction für Versteigerungen und Verweisungen dem Gläu-

biger nur die Wahl zwischen der Annahme von Verweisungen oder dem Verlangen zur Hinterlegung der Zieler an die Staatshinterlegungskasse zusteht. Die Wahl des letztern Mittels, der Hinterlegung, scheint allerdings für den Gläubiger das bequemste und sicherste zu sein; da jedoch die Hinterlegungskasse, wie obengedacht, nur zwei Procent Zins bezahlt, und ein Theilzins dazu verloren geht, so wird der Gläubiger (der Darleiher) auf eine ebenso rechtliche als vorsichtige Weise sich vor Verlust zu sichern suchen, wenn er in die Schuldurkunde mit Einverständniß des Anleihers die Bestimmung aufnehmen läßt, daß für den Fall einer Zwangsversteigerung und Verweisung dem Gläubiger zum Voraus gewisse Procente als eine mit dem bevorstehenden Verluste an Zinsen im Verhältniß stehende Schadloshaltung gutzuschreiben sind. Es mag wohl noch andere ebenso wirksame als rechtlich und moralisch erlaubte Cautelen für den Gläubiger geben, und dem Vernehmen nach wird der geschickte und erfahrene Amtsrevisor Hermanuz dahier in einer der nächsten Nummern seines Notariatsblatts dergleichen Vorschläge liefern. Stimmen solcher praktischen Männer sind Zeugnisse, wie wenig unsere gesetzlichen Bestimmungen über das richterliche Zwangsverfahren bei Schuldforderungen dem Rechte der Gläubiger Genüge leisten. Aus den oben ausgezogenen landständischen Verhandlungen ersieht man, daß man dabei auf die Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner, wie solche schon aus den allgemeinen, gesetzlichen Bestimmungen hervorgehen, gar nicht näher eingegangen ist. Von der einen Seite wurde der öffentliche Credit als Hauptmotiv zur prompten Vollziehung und Befriedigung des Gläubigers hervorgehoben, von der andern Seite aber die Pflicht des Staats zur Erhaltung des Schuldners vor Augen gestellt.

Allein! Gründe der Politik oder Klugheit, sowie Gefühle für menschliches Mitleid und Schonung dürfen nur insoweit in Betracht gezogen werden und Anwendung finden, als sie mit den Forderungen der Gerechtigkeit nicht im Widerspruch stehen. So ist der alte Spruch zu verstehen: Fiat justitia, et pereat mundus.

Es läßt sich übrigens die Pflicht der Humanität für den Schuldner mit dem strengen Rechte des Gläubigers wohl vereinbaren.

Donsbach.

II.

Ueber den Verkauf der Früchte auf dem Halm.

1) Frage:

Ist der Verkauf der Früchte auf dem Halm verboten?

Antwort: Ja.

2) Frage:

Ist der Verkauf der Früchte auf dem Halm erlaubt?

Antwort: Ja.

3) Frage:

Ist die Verordnung vom 25. Juni 1817 noch in Wirksamkeit?

Antwort: Ja.

4) Frage:

Ist die Verordnung vom 25. Juni 1817 außer Wirksamkeit?

Antwort: Ja.

5) Frage:

Ist die Verordnung vom 25. Juni 1817 ein Gesetz?

Antwort: Ja.

6) Frage:

Ist die Verordnung vom Juni 1817 eine Verordnung?

Antwort: Ja.

Die erste und zweite, die dritte und vierte, die fünfte und sechste dieser Fragen, widersprechen sich immer. Der Leser braucht aber deßwegen nicht in Verlegenheit zu kommen; er kann ungenirt jedes Glied dieser Fragen-Trias bejaen oder verneinen, und niemand kann ihm beikommen; denn er hat Recht, wie ich sogleich ad oculos sanae mentis demonstriren werde:

1) In Nr. XIX. des laufenden Regierungsblattes ist eine Allerhöchste Verordnung, als provisorisches Gesetz, abgedruckt, welches wegen der gegenwärtig obwaltenden Theuerung, den Kauf der Früchte auf dem Halm verbietet. Daraus folgt, daß Seitens der höchsten Staatsbehörde, die Verordnung vom 25. Juni 1817 als aufgehoben, oder wenigstens nur als polizeiliche Maßregel, welche den Richter nicht bindet, erachtet wird.

2) Aus der „kleinen Abhandlung" in Nr. 19, II. des laufenden Jahrgangs der Annalen, erfährt man, daß die Großherzogliche Regierung des Unterrheinkreises, durch einen Erlaß vom 28. April, die Verordnung vom 25. Juni 1817, wieder verkündet, und so die Ansicht zu er-

kennen gegeben hat, daß diese Verordnung, eine polizeiliche, und noch gegenwärtig, wirksame, sei.

3) In dem gleichen Aufsatze spricht der ehrenwerthe Verfasser seine bescheidene Meinung dahin aus, „wie die fortdauernde Gültigkeit der erwähnten Verordnung, sehr bedenklichen rechtlichen Anständen unterliegen dürfte.“ — Jetzt könnte man glauben, alle Ansichten über diesen Stoff, zumal eine der andern gegenüber steht, wären erschöpft —; o nein, ich füge hier schnell

4) noch eine Vierte bei. Im Juli v. J. verkaufte der Freiherr Johann Friedrich v. Göler zu Sulzfeld, an seinen Sohn Lieutenant Carl von Göler zu Mannheim, den Weinerwachs des kommenden Herbstes 1846. Später, aber rechtzeitig nach Vorschrift des §. 1009 der Proceßordnung, erwirkte die Großherzogliche Obereinnehmerei Sinsheim, wegen einer unbestrittenen Forderung von mehreren hundert Gulden an den Verkäufer, ähnlich der Pfändung der Früchte auf dem Halm, die Pfändung der Trauben auf dem Stocke. Dagegen erhob der Käufer Lieutenant Carl von Göler, auf den Grund des §. 1072 daselbst eine Einsprache, wurde aber damit von dem Amte, durch Erkenntniß vom 5. Oktober 1846, abgewiesen. Auf ergriffene Berufung an den Oberrichter, erließ das Großherzogl. Hofgericht des Mittelrheinkreises zu Rastatt, am 5. Mai l. J., auf den Grund gesetzliche gepflogener Berufungsverhandlung, folgendes Urtheil:

„Es sei das Erkenntniß des Bezirksamts Eppingen, vom 5. Oktober 1846. Nr. 13,640, besagend:

„die durch den Lieutenant Freih. Karl von Göler, unterm 24. v. M. eingereichte Einsprache, gegen die Befriedigung der betreibenden Gläubigerin, aus dem Ergebniß der Vollstreckung und Geltendmachung eines Anspruches zur eigenen Befriedigung, finde nicht statt, und habe der Einsprachskläger die Kosten zu tragen:“

„unter Verfällung des Einsprachsklägers Appellanten, auch in die Kosten dieses Rechtszugs zu bestätigen.“

V. R. W.“

„Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß nach Landrechtsatz 1131 jede Uebereinkunft, welche auf einer unerlaubten Ursache beruht, wirkungslos ist;

daß nach Satz 1133 jene Ursache, welche vom Gesetz verboten, oder der Staatsordnung zuwider ist, als unerlaubt erscheint; daß die im Regierungsblatte vom Jahr 1817 Nr. XVI. verkündete, und seither nicht widerufene, nach eingeholter höchster (also landesherrlicher) Genehmigung gegebene Verordnung jeden Verkauf von Früchten auf dem Halm aller Art verbietet; . . . . . .

daß daher der im Juli v. J. zwischen dem Einsprachskläger und dessen Vater, über den Weinerwachs des kommenden (1846er) Herbstes abgeschlossene Verkauf, als dem im öffentlichen Staatsinteresse angeordneten Verbote zuwiderlaufend keine rechtliche Wirkung äußern kann, und ebendeßhalb die auf den Grund jenes Kaufvertrages von Seiten des Käufers erhobene Einsprache gegen die zum Vortheil der Obereinnehmerei Sinsheim in Gemäßheit der §§. 1008 ff. der Proceßordnung auf denselben Weinerwachs im September v. J. erwirkte Hülfsvollstreckung, ungegründet erscheint.

Aus diesen Gründen 2c.“

Damit ist nun von diesem hohen Collegium die Rechtsüberzeugung ausgesprochen, daß die Verordnung, oder Anorduung, oder, wie man es sonst heißen will, vom 25. Juni 1817, ein Gesetz, und noch in Wirksamkeit ist.

Der selige Duttlinger sagte von seiner Lehrkanzel, in seinem sarkastischen Ernste, gar gerne;

„Meine Herrn, wenn drei Juristen beieinander sind, so kommen vier Meinungen heraus.“

Damit kann ich füglich schließen. Denn sapienti sat.

Anmerkung.

1) Mag die Verordnung vom 25. Juni 1817 noch als geltend, oder als aufgehoben angesehen werden, so ist für mich der Satz, daß solche den Civil-Richter nicht bindet, und niemals gebunden hat, außer allem Zweifel gesetzt. Sie wurde, wenn auch mit landesherrlicher Genehmigung, zunächst vom Großherzoglichen Ministerium des Innern erlassen, und somit als eine Verwaltungs-, oder Polizeimaßregel, durch die Gewalt des Augenblickes geboten, von der Staatsregierung selbst betrachtet. Es wird auch darin für die Bestrafung der Uebertretung des Verbotes das Kreisdirektorium für zuständig erklärt. Jedenfalls kann ich derselben, man mag sie wirklich als eine bloße Verordnung, oder als Gesetz ansehen, nur einen strafrechtlichen aber keinen civilrechtlichen Charakter, abgewinnen.

(Schluß folgt.)

Berichtigung.

In Nr. 18. S. 125. Spalte 1, Zeile 14 soll es „schlechthin“ statt „schlecht sei“ heißen. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 30. Karlsruhe, den 24. Juli 1847.

I.

Ueber den Verkauf der Früchte auf dem Halm.

(Schluß.)

2) Läßt sich das hofgerichtliche Urtheil, nicht auf den Boden des Privatrechtes, und etwa so, rechtfertigen? die Pfändung der Früchte auf dem Halm, wie jene von Fahrnissen und Liegenschaften, scheint mir, der Sache nach, nichts Anderes, als ein Kauf zu sein, zu welchem der Schuldner durch die gesetzmäßige Gewalt gezwungen wird, um aus dem Erlös der verkauften Sache den betreibenden Gläubiger zu befriedigen. Nun kann dieser erzwungene Verkauf erst sechs Wochen vor der Erndte verlangt werden, und der frühere Antrag ist aus höheren Staatsrücksichten verboten. Wenn nun, des Verbotes ungeachtet, ein Gläubiger früher, etwa schon im Monate März, einen solchen Verkauf, das ist, Pfändung der Früchte auf dem Halm beantragt, und sie bei Gericht auch wirklich erwirkt —; wie, könnte die deßfallsige Verfügung, als nichtig, nicht angefochten werden, und müßte die Nichtigkeitserklärung nicht wirklich erfolgen? Ich glaube doch. Angenommen nun, diese Ansicht sei richtig; dürfte man nicht dann weiter so schließen: wenn dem Gläubiger aus Gründen des öffentlichen Rechtes nicht gestattet ist, vor dem Laufe der letzten sechs Wochen, die der Erndte unmittelbar vorangehen, die Pfändung der Früchte auf dem Halm, diesen Zwangsverkauf — zu begehren, — ist es ihm dann erlaubt, gleichsam dem Gesetze zum Trotze, durch Privatübereinkunft, diese Früchte schon Monate, oder gar Jahre lang vor der Erndte, von dem gedrückten Schuldner zu erhandeln? Solcher Handel liegt gewiß dem Wucher ganz nahe, kann jedenfalls, als eine Uebereinkunft betrachtet werden, deren Ursache eine, der Staatsordnung entgegenlaufende, daher verbotene Ursache ist. Landrechtssatz 1131 und 1133.

3) Aber wie, wenn im vorwürfigen Falle der Verkauf, in den letzten sechs Wochen vor der Erndte geschehen wäre — quid juris? Ich würde den Einsprachskläger mit seiner Einsprache doch abweisen, und etwa mein Erkenntniß auf folgenden Hauptgrund stützen:

Die Forderung der Obereinnehmerei Sinsheim war lange vor dem Verkauf, im Juli 1846, im flüssigen Zustande, ihr deßwegen das ganze Vermögen des Schuldners, soweit nothwendig, verhaftet. Nun wurde der Gläubigerin ein specieller Vermögenstheil, der Erlös des Herbsterträgnisses, durch eine Verfügung des Richters, zu ihrer Befriedigung, an Zahlungsstatt zugewiesen. Hat sie so nicht ein besseres Eigenthumsrecht, als der Einsprachskläger; ist sie, durch die Pfändungsverfügung, nicht in eine Art des Besitzes des Weinerwachses gesetzt, und so durch den L. R. S. 2279 gedeckt worden? Unsere Gesetzgebung stützt sich in der Lehre vom Pfandrecht und Besitz bekanntermaßen nicht auf das römische, sondern auf das deutsche Privatrecht. Nach diesem (man sehe z. B. Grundsätze des deutschen Privatrechts von Philipps III. Auflage §. 107 und 108) ward der Gläubiger in den früheren Zeiten, in den physischen Besitz der gepfändeten Sache gesetzt, und ihm sogar die Nutznießung daran, ohne Aufrechnung in seiner Forderung, zugesichert. Als sich später dies änderte, so sah man in der Pfändung eine Art von gerichtlicher Auflassung, die Einweisung des Gläubigers in den Besitz der gepfändeten Sache, — daher die Nutzungs- oder Pfandsgewähre.

Fr. Jos. Müller.

II.

Bei Berechnung der Appellationssumme findet eine Zusammenrechnung des Betrages aller einzelnen Beschwerden mehrerer Streitgenossen nur dann statt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft wirklich vorhanden sind.

Linde lehrt in seinem Handbuch über die Rechtsmittel I. Band S. 326.

Auf die Berechnung der Appellationssumme solle und dürfe der Umstand, daß eine subjektive Klagenhäufung stattgefunden habe, von welcher Art diese auch sein möge, nicht einwirken; wenn also auch mehrere Kläger gegen einen Beklagten oder ein Kläger gegen mehrere Beklagte oder mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte eine Forderung, zu welcher sie nicht im Verhältnisse der Streitgenossenschaft ständen, oder mehrere Forderungen einklagen, so sei die Zulässigkeit der Appellation immer darnach zu beurtheilen, wie viele cumulirte Klagen vorliegen und ob in Beziehung auf jede die Appellationssumme vorhanden sei.

Dieser Lehre ist auch Zentner in den Erläuterungen über die Rechtsmittel S. 71 beigetreten, indem er sagt, daß die Frage, ob Streitgenossenschaft begründet sei, nach §. 93 der Proceßordnung beurtheilt werden müsse und es nichts entscheiden könne, wenn etwa in der früheren Instanz solche mit Unrecht angenommen worden sei.

Nach derselben Ansicht wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreises in folgendem Falle erkannt:

Baumann hatte einen Accord über die Erbauung einer Brücke übernommen. Kuenle und Maier lieferten demselben eine Quantität Steine, ersterer im Betrage von 31 fl. 54 kr., letzterer im Betrage von 41 fl. 24 kr. Beide machten ihre Forderungen in dem nämlichen Klagvortrage geltend, obgleich diese Forderungen nicht aus einem und demselben Rechtsgeschäfte entstanden sind, sondern, wie aus der Klage selbst hervorgieng, jeder der Kläger mit Baumann einen besondern Lieferungsvertrag abgeschlossen hatte. Der Unterrichter ließ diese Häufung der Klagen zu und von dem Beklagten wurde die Einrede der unstatthaften Klagencumulation nicht vorgeschützt. Es fand daher eine gemeinschaftliche Verhandlung dieser beiden Klagen statt und wurde in dem nämlichen Erkenntnisse der Beklagte zur Bezahlung der beiden oben angeführten Summen an die Kläger verurtheilt.

Hiegegen ergriff der Beklagte die Appellation. Ueber die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels waren die hofgerichtlichen Votanten in ihren Ansichten getheilt. Einige hielten die Appellation für statthaft, indem sie sagten, der Beklagte habe dadurch, daß die Kläger in erster Instanz als Streitgenossen behandelt worden seien, ein Recht erlangt, daß solche auch fernerhin in dieser proceßualischen Eigenschaft betrachtet und behandelt werden, es sei somit nicht Sache des Oberrichters weiter zu untersuchen, ob hier die Voraussetzungen des §. 93, 250 der Proceßordnung wirklich vorhanden seien. Andere waren der im Eingange angeführten Ansicht, sahen daher die Appellation als unzulässig an, weil die gesetzlichen Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft fehlen. Und hiernach wurde durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 11. März d. J. die Appellation als unzulässig verworfen.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Der §. 1174. Abs. 4 der Proceßordnung verfügt zwar, daß bei einer Beschwerde, welche gegen mehrere Theile eines Erkenntnisses gerichtet ist, die Summen aller einzelnen Beschwerden zur Herstellung der Appellationssumme zusammengerechnet werden dürfen, und Absatz 5 daselbst verfügt ferner, daß auch bei mehreren Streitgenossen der Betrag ihrer sämmtlichen einzelnen Beschwerden zusammengerechnet werden dürfe. Auch hat der Unterrichter die Häufung der Klagen der beiden Appellaten zugelassen und der Beklagte ist in den Streit eingetreten, ohne die Einrede der unerlaubten Klagenhäufung vorzuschützen. Allein hieraus darf nur gefolgert werden, daß gegen die gemeinschaftliche Verhandlung der mehreren Klagen in denselben Acten keine Beschwerde erhoben werden kann, dagegen steht es nicht in der Macht der Parteien, die Bestimmungen des Gesetzes über die Zulässigkeit einer Appellation dadurch abzuändern, daß sie auf eine an sich unerlaubte Klagenhäufung eingehen, denn jene Bestimmungen sind aus öffentlichen Rücksichten entsprungen und daher nicht der Convention der Parteien unterworfen. Es müssen daher, abgesehen davon, was von den Parteien factisch geschehen ist, diejenigen Bedingungen vorhanden sein, unter welchen im Sinne des Gesetzes eine Zusammenrechnung statthaft ist. Dieselben setzen nun aber voraus, daß die

Vereinigung mehrerer Klagen eine nach der Bestimmung der Proceßordnung erlaubte war und nur unter dieser Voraussetzung nimmt das Erkenntniß, welches über die mehrerern Klagen äußerlich als ein Ganzes erlassen würde, die processualische Natur der inneren Einheit an. Im vorliegenden Falle war jedoch die Klagenhäufung unstatthaft, weil mehrere Personen aus factisch ganz verschiedenen, wenn auch hinsichtlich der juristischen Qualifikation ähnlichen Rechtsgeschäften geklagt haben. Es hat daher keine Partei auf eine Zusammenrechnung des Betrages Anspruch.

Aus diesen Gründen wurde wie geschehen erkannt.

Haager.

III.

Eine Klage, welche sich zur rechtlichen Begründung auf genau bezeichnete und ihrem Hauptinhalte nach in die Klagschrift aufgenommene ältere (churpfälzische) Verordnungen beruft, kann deßhalb, weil Kläger nicht die Verordnungen selbst sogleich beigebracht hat, nicht angebrachtermaßen verworfen werden.

Grieser gegen Fiskus.
(Vergl. Annalen d. J. Nr. 15, III.)

Die in Nr. 15 der Annalen d. J. berührte hofgerichtliche Verbescheidung der Klage vermochte der oberste Gerichtshof aus den dort angeführten Gründen nicht als eine Abweisung angebrachtermaßen zu erkennen, wiewohl sie nach dem hofgerichtl. Rechtfertigungsberichte statt solcher erlassen ward. Die Abweisung in der Form des §. 359 der Proceßordnung konnte daher vorerst durch die oberrichterliche Entscheidung nur herbeigeführt werden, wofern nämlich das Hofgericht der in den beigefügten Motiven enthaltenen Andeutung der einer solchen Entscheidung entgegenstehenden Gründe ungeachtet auf seiner schon früher ausgesprochenen Ansicht stehen bleiben sollte. Letzteres ist nun wirklich geschehen, das Hofgericht verwarf unterm 15. Februar d. J. die Klage angebrachtermaßen. Die Beschwerdeführung dagegen hatte folgende oberhofgerichtliche Entscheidung (I. Senat) zur Folge:

„die Verfügung des Großherzoglichen Hofgerichts des Unterrheinkreises, besagend ꝛc. sei aufzuheben und Großh. Hofgericht anzuweisen, auf die Klage zu verhandeln und zu entscheiden."

Gründe:

Die Klägerin gründete ihre Klage, womit sie die Verurtheilung des Großherzoglichen Civilfiskus als successor der Rheinpfalz zu $^{9}/_{10}$ zur Auszahlung eines Wittwengehalts in demselben Verhältniß nach dem churpfälzischen Regulativ vom 25. Mai 1802 für ihre Lebensdauer salva liquidatione verlangt, — darauf, daß sie, nach Voraussendung der thatsächlichen Verhältnisse des Klaggrundes, in rechtlicher Beziehung sich auf zwei churpfälzische Entschließungen vom 29. Mai 1800 und vom 25. Mai 1802 beruft, wodurch die damalige Regierung den Grundsatz ausgesprochen habe: „daß den Wittwen und Waisen der Staatsbeamten eine normalmäßige Pension nach dem Tode des Gatten, resp. Vaters zukomme." Der Inhalt des letztgedachten churpfälzischen Regulativs wird sofort wörtlich dahin angeführt:

„§. 1. In Folge jenes Grundsatzes nach welchem Seine churfürstl. Durchlaucht die Besoldungen jener Staatsdiener als eine schuldige Entschädigung für die dem Staat zu leistenden Dienste und gebrachten Erwerbsopfer ansehen, erklären Hochdieselben die Pensionen an derselben Wittwen und Waisen als eine nothwendige Entschädigung und als dasjenige Surrogat, wodurch das Verhältniß zwischen den wechselseitigen Leistungen der Besoldungen und des Dienst- und Gewerbsopfers in seinem Abgange, welche nach den Kräften und der Vorsicht des Staats für den Gatten und Vater zurückbleibt, wieder ersetzt und in seinen Hinterlassenen wieder ausgeglichen werden".

Das Großherzogliche Hofgericht hat die Klage angebrachtermaßen abgewiesen, weil die Klägerin die genannten Verordnungen, welche nicht publizirt worden seien und welche deßhalb der Richter auch nicht zu kennen verpflichtet sei, vorlegen, beziehungsweise den Inhalt vollständig hätte angeben sollen. Die Klägerin führt hiergegen Beschwerde, weil nicht statt dieser Verbescheidung Ladung erkannt oder ein Endurtheil gegeben wurde. Diese Beschwerde erscheint begründet.

Denn die gerügte Unvollständigkeit der Klage besteht nicht, indem der Inhalt der als Gesetz angerufenen churpfälzischen Entschließungen so bestimmt und vollständig

angegeben ist, daß sich daraus ein Urtheil, ob der Klaganspruch begründet sei oder nicht, wohl bilden läßt, und es nicht darauf ankommen kann, was etwa in den Verordnungen noch Weiteres, der Klage vielleicht Entgegenstehendes enthalten ist, da es Sache der Gegenpartei ist, dies hervorzuheben, falls sie den Anspruch der Klägerin nicht einräumen will. Ob der badische Richter jene Verordnungen von Amtswegen kennen und berücksichtigen müsse oder nicht, ist auf die gegenwärtige Entscheidung von keinem Einfluß. Hätte er sie von Amtswegen zu kennen, so zerfiele der Vorwurf der Unvollständigkeit von selbst. Entgegengesetzten Falls aber wären jene Verordnungen gleich anderen Thatsachen zu behandeln und somit, wenn bei der Verhandlung der behauptete Inhalt der Verordnungen oder gar ihr Dasein selbst vom Beklagten widersprochen würde, seiner Zeit zum Beweis auszusetzen. In einem wie im andern Falle erscheint daher die Verbescheidung der Klage nach §. 359 der Proceßordnung nicht gerechtfertigt und es mußte deshalb, da die Klage als unzweifelhaft in Rechten nicht gegründet nicht angesehen werden kann (§. 358 der Proceßordnung), *) nach §. 1238 der Proceßordnung und Art. 3 der Pr. Nov. vom 3. August 1837, sodann nach §. 173 der Proceßordnung wegen der Kosten wie geschehen erkannt werden. Zentner.

*) Die Aufnahme dieses Grundes wurde nur von der einfachen Majorität des Senats beschlossen, die Minorität war der Ansicht, daß in diesem vom Hofgerichte noch nicht entschiedenen Punkte jenem nicht vorgegriffen werden dürfe, weßhalb sie auch nur für Zurückweisung zur weitern Verfügung stimmte. Z.

IV.

Ein Wort über unser Notariatswesen und den Tarif.

Eine Parthie, welche zur Geltendmachung einer Entschädigungsforderung der Versetzung ihres Gegners in Verzug bedarf, stellte bei dem Amtsrevisorat E. den Antrag, ihren Schuldner urkundlich auffordern zu lassen, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Die Lage der Sache ist der Art, daß bei dem Schwanken der Verhältnisse, jeder Tag von Bedeutung ist, weil Aenderungen eintreten können, in deren Folge bei späterer Versetzung in Verzug der sehr bedeutende gegenwärtige Schaden nicht mehr gefordert werden könnte, obschon der Gläubiger denselben schon erlitten hat, weil derselbe erst von dem Augenblick der Verzugsetzung an berechnet werden kann.

Auf den Antrag vom 22. März und auf eine Beschleunigungsbitte vom 11. April erwiederte das Amtsrevisorat E.:

„Wir haben unterm 23. v. M. dem Theilungscommissär S. den Auftrag zur Vornahme des beantragten Aktes ertheilt, welchen solcher bis jetzt noch nicht anher vorgelegt hat. Es mag der Umstand an der Zögerung beitragen, daß für den Akt nur 30 kr. Taxen angesetzt werden dürfen, woran dem Geschäftsfertiger ⅔ mit 12 kr. zufallen, um welche er keine expresse Reise unternehmen kann, in den 2½ Stunden von hier, dem Wohnsitze des Commissairs, entfernten Ort G., daher derartige Akte nur gelegentlich anderer Geschäfte abgethan werden.

Indessen haben wir den Theilungs-Commissär an die Erledigung der Verhandlung heute erinnert."

Diese Bemerkung hat ihre volle Richtigkeit. Nach dem Gesetze v. 13. Oktober 1840. Art. 1 sind nur die im Tarif festgesetzten Gebühren zu entrichten, Reisekosten finden bei Verrichtungen innerhalb des Amtsrevisoratsbezirks nicht statt, Art. 11 und selbst die Weggebühren von 30 kr. per Stunde Entfernung für den Hin- und Herweg zusammengenommen (§. 28 des Tarifs) nicht bei Mahnungen, welche in Art. 9 (aus welchem Grunde ist nicht abzusehen) weggelassen wurden.

Der Notar hat also für die Mahnung in dem 2½ Stunde von seinem Wohnorte entfernten Orte mehr nicht anzusprechen als 12 kr.

Die Parthie möchte ihm gerne mehr bezahlen, allein der direkte Gebührenbezug ist dem Notar untersagt, §. 11 der Verordnung vom 25. November 1841 und wegen einer Mehrbezahlung ist zuvörderst die Genehmigung der Kreisregierung einzuholen.

Bis diese eintrifft, dürfte aber eher eine Gelegenheit gekommen sein, wo der Notar durch ein anderes Geschäft an den Ort hingeführt, auch dieses mitabmacht, was nicht geschehen wird, so lange der Antrag auf Genehmigung einer höheren Gebühr bei der Kreisregierung liegt, und so ist die Parthie bei dem besten Willen außer Stande durch Bewilligung einer höheren Gebühr die Erledigung ihrer Sache, an welcher ihr sehr viel gelegen ist, zu beschleunigen.

Fragt man nun: Wem ist mit diesen Tarifbestimmungen gedient? so ist die Antwort „dem Publikum so wenig als dem Notar" und in diesem einen Falle, dem gewiß Dutzende zur Seite stehen, mag Veranlassung genug liegen, die wichtige Anstalt des Notariats, und ihren Tarif auf eine Weise zu regeln, welche der Billigkeit und dem Recht so wie den Interessen des Publikums mehr entspricht als der gegenwärtige Zustand. L.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 31. Karlsruhe, den 31. Juli 1847.

I.

Ueber den Gerichtsstand der Ausländer, insbesondere der Würtemberger nach dem Staatsvertrag in dem Regierungsblatt von 1825 Nr. 32, namentlich über die Fragen:

1) Sind die inländischen Gerichte befugt, bei einer gegen Ausländer als Erben erhobenen Klage auch über die Frage zu verhandeln und incidenter zu entscheiden, ob und inwiefern die Beklagten Erben seien?

2) Können Ausländer selbst von Ausländern vor den badischen Gerichten belangt werden?

Gottlieb Eiselen von Dornstetten, Ober-Amts Freudenstadt im Königreich Würtemberg, hatte sich im Jahr 1836 mit Karl Höfflinger zu Binzen als Gesellschafter verbunden, um eine Cattun-Druckerei daselbst zu betreiben. Diese beiden Fabrikanten führten das Geschäft bis zu dem am 27. Juni 1845 erfolgten Tode des Gottlieb Eiselen. Die Gesellschafter Höfflinger und Eiselen hatten im Jahr 1836 und am 1. Januar 1845 Verträge abgeschlossen, worin ihre Gesellschaftsverhältnisse festgesetzt sind und wornach sie gegenseitig für alle ihre Geschäftshandlungen sich sammtverbindlich erklärten.

Salomon Köchlin Huguenin von Basel stand mit obigen Fabrikanten in Geschäftsverbindung und machte ihnen bedeutende Geldvorschüsse als Darlehen, welche jeweils zu 5 Proc. zu verzinsen verabredet wurde.

Als am 27. Juni 1845 Gottlieb Eiselen auf einer Reise in Krotzingen starb, fanden sich alsbald dessen Erben in Binzen, Bezirks-Amt Lörrach, ein, und traten die daselbst liegende Erbschaft an, ohne daß aber solche bisher unter die Erben vertheilt wurde.

Salomon Köchlin Huguenin erhob nun bei dem Bezirks-Amt Lörrach, als dem Gerichtsstand des liegenden Erbes gegen die Gottlieb Eiselen'schen Erben, welche sämmtlich würtembergische Unterthanen sind, eine Klage auf Bezahlung seines Guthabens, das nach dem letzten Conto-Current 12,332 fl. 14 kr. betrug.

Das Amt Lörrach erkannte Ladung auf die Klage. Von den Erben wurde jedoch die Competenz dieses Amtes nicht anerkannt, sondern deßhalb bestritten, weil,

1) sie die Erbschaft nur unter Vorsicht des Erbverzeichnisses angetreten haben, also die, in der Klage behauptete unbedingte Erbantretung nicht anerkennen, und weil diese ihre Erbeigenschaft als die Bedingung der Zuständigkeit des Gerichtes außer Zweifel sein müßte, ehe das Gericht der gelegenen Erbschaft gegen sie angegangen werden könne; sodann weil

2) der Kläger kein badischer Unterthan sey, somit der Jurisdiktionsvertrag zwischen Würtemberg und Baden vom Jahr 1825 für ihn keine Rechte begründe. Zugleich stellten einige der Erben des Gottlieb Eiselen an das würtembergische Oberamtsgericht Freudenstadt, als dem Gericht ihres Wohnsitzes, das Ansuchen:

a) entweder der Vorladung vor das badische Bezirks-Amt Lörrach die Kraft zu benehmen, oder

b) die Sache der höhern Behörde vorzulegen und diese um einen Ausspruch zu bitten, ob sie, die Beklagten, schuldig seien, vor dem badischen Gerichte Rede zu stehen.

Das Ober-Amtsgericht Freudenstadt machte deßfalls Vorlage an den würtembergischen Gerichtshof für den Schwarzwaldkreis zu Tübingen. Von dem Civilsenat dieses Gerichtshofes wurde hierauf rescribirt, daß nach seiner Ansicht der Art. 7. des Jurisdictionsvertrages zwischen Würtemberg und Baden voraussetze, daß die

Erbenqualität des Beklagten unbestritten sei und ein Würtemberger daher nicht als Erbe vor ein ausländisches Gericht gezogen werden könne, wenn er Erbe zu sein bestreite und an die im Auslande gelegene unvertheilte Erbschaft keinen Anspruch mache; da nun im vorliegenden Falle die Beklagten nach ihrer Behauptung, die Erbschaft des Gottlieb Eiselen blos als Vorsichtserben angetreten und nunmehr ausgeschlagen haben wollen, so müsse der Kläger, wenn er sie dennoch als Erben in Anspruch nehme und Befriedigung aus ihrem eigenen Vermögen verlange, die Beklagten vor ihrem ordentlichen Gerichte also in Würtemberg belangen. Zugleich erhielt von dem Civilsenat des gedachten Gerichtshofes das Ober-Amts-Gericht Freudenstadt den Auftrag, dem Bezirks-Amt Lörrach die Vorladungen auf die Klage mit dem Bemerken zurückzugeben, daß man auf den Grund der obigen Ansicht dem Ladungsersuchen keine Folgen zu leisten wisse.

Das Amt Lörrach, hievon in Kenntniß gesetzt, erkannte hierauf am 10. November v. J. unter Adoption der so eben ausgesprochenen Ansicht:

„Die Klage findet hier nicht statt.“

Hiegegen erhob der Kläger Beschwerde bei dem Hofgerichte des Oberrheinkreises, von welchem Ladung erkannt wurde. Der Civilsenat des gedachten würtembergischen Gerichtshofes, an welchen das Ersuchen um Zustellung der Vorladung an die Beklagten ergieng, erwiederte hierauf, daß die Erben die Annahme der Vorladung verweigern, indem sie die Zuständigkeit der badischen Gerichte bestreiten, und bemerkte hiebei, daß er die Ansicht derselben aus dem oben angegebenen Grunde theile.

Das Hofgericht des Oberrheinkreises bestand auf Zustellung der Vorladung und fügte in dem Ersuchschreiben bei, daß der hier anhängige Appellationsprozeß, wie aus der Appellationsbeschwerde zu entnehmen sei, gerade die Frage der Competenz, und nur diese zum Gegenstande habe, indem der Kläger gegen das Erkenntniß des Amtes Lörrach, wodurch dieses sich für unzuständig erklärt, an den diesseitigen Gerichtshof appellirt, welcher durch die auf die Beschwerdeschrift erkannte Ladung der Appellaten noch keineswegs die Competenz ausgesprochen, vielmehr den Appellaten nur Gelegenheit gegeben habe, die Incompetenz nachzuweisen, und das unterrichterliche Urtheil zu vertheidigen, wovon Gebrauch zu machen oder nicht, denselben freistehe. Von dem Civilsenat des mehrerwähnten würtembergischen Gerichtshofes erfolgte alsdann folgende Antwort:

„Es sei ihm bei dem früheren Schreiben nicht entgangen, daß die Beschwerde des Klägers blos die Frage zum Gegenstande habe, ob die badischen Gerichte zuständig seien oder nicht; allein nach seinem Dafürhalten könne ein Richter nur alsdann eine Partei vorladen, wenn der Richter in der betreffenden Sache Gerichtsbarkeit über die Partei habe und diese durch seinen Ausspruch gebunden werde. *) Da nun in vorliegendem Rechtsstreite dieses nicht der Fall sei, ja selbst die Beklagten Appellaten gemäß Art. 5 des Jurisdictionsvertrages sich nicht freiwillig der Gerichtsbarkeit der badischen Gerichte unterwerfen dürfen, so seien zwar unter Einem die betreffenden würtembergischen Ober-Amtsgerichte aufgefordert worden, den in ihren Bezirken wohnenden beklagten Appellaten die Vorladungen gegen Bescheinigung einzuhändigen; zugleich habe man aber den Beklagten Appellaten eröffnen lassen, daß man die Zuständigkeit der badischen Gerichte in dieser Sache nicht anerkennen und darum ihnen zwar nicht verwehrt haben wolle, in der festgesetzten Tagfahrt die Unzuständigkeit der badischen Gerichte darzuthun, daß es aber ihnen nicht gestattet sei, sich der Gerichtbarkeit der badischen Gerichtsbehörden zu unterwerfen und man einem Urtheil des Großh. Hofgerichts, welches das Bezirks-Amt Lörrach für zuständig erkläre, keine Folge geben werde.

In der festgesetzten Tagfahrt erschien beklagter Seits Niemand und es erging alsdann von dem Hofgericht des Oberrheinkreises am 21. April d. J. ein Urtheil, wodurch das Erkenntniß des Amtes Lörrach dahin abgeändert wurde:

„Die Einsprache der Beklagten gegen die Zuständigkeit des Amtes Lörrach werde verworfen und die Klage zur weitern Verhandlung und Entscheidung an das gedachte Bezirks-Amt verwiesen.“

Die Entscheidungsgründe lauten folgendermaßen:

Nach dem Art. 7. des Jurisdictionsvertrages zwischen Würtemberg und Baden muß der Erbe eines Nachlasses den Gläubigern desselben bei demjenigen Gerichte Recht

---

*) Diese Ansicht beruht lediglich auf der Unkenntniß des öffentlichen und mündlichen Verfahrens. D. E.

geben, in dessen Bezirk sich der Nachlaß bis zur Ausliefe-rung an den Erben befindet.

Die Beklagten sind nun als die gesetzlichen Erben des verstorbenen Gottlieb Eiselen mit einer persönlichen Klage bei dem Bezirks-Amte Lörrach, in dessen Sprengel der Nachlaß des Verstorbenen liegt, belangt, und es ist der Einrede des Verzichts auf die Erbschaft schon in der Klage mit der Behauptung begegnet worden, daß sich die Beklagten in die Erbschaft eingemischt hätten.

Diese glauben jedoch als würtembergische Unterthanen nicht schuldig zu sein, sich vor dem diesseitigen Bezirks-Amte Lörrach auf die Klage einzulassen, und zwar

I. weil sie die Erbschaft nur unter Vorsicht des Erbverzeichnisses angetreten haben, also die in der Klage behauptete unbedingte Erbantretung nicht anerkennen wollen, und weil diese ihre Erbeigenschaft als die Bedingung der Zuständigkeit des Untergerichts außer Zweifel sein müsse, ehe das Gericht der gelegenen Erbschaft gegen sie angegangen werden könne;

II. weil der Kläger kein Badener sei, somit der Jurisdictionsvertrag für ihn keine Rechte begründe.

Diese Einwendungen gegen die Zuständigkeit sind aber verwerflich. Es würde

Zu I., die erste Behauptung zur Folge haben, daß der Erbschaftsgläubiger durch willkürliches Abläugnen der Antretung von Seiten des Erben genöthigt werden könnte, vorerst am Gerichtsstande des Wohnsitzes einen Rechtsstreit darüber einzuleiten, ob die Beklagten als Erben, beziehungsweise als unbedingte Erben zu betrachten seien und erst nach einer bejahenden Entscheidung dieser Frage, welche wiederum den Beweis des klägerischen Anspruchs selbst zur Begründung der Sachlegitimation voraussetzen würde, dürfte der Gläubiger sofort eine zweite Klage auf Berichtigung seiner Forderung bei dem Gerichte des gelegenen Erbes erheben.

Abgesehen davon, daß eine besondere präparatorische Klage des Erbschaftgläubigers, welche nur die Anerkennung der Erbeigenschaft des Beklagten, somit die Festsetzung der Sachlegitimation bezweckt, rechtlich nicht wohl denkbar ist, und daß auf diese Weise der Gerichtsstand des gelegenen Erbes der Willkür des Beklagten Preis gegeben wäre, widerstreitet eine solche Anwendung des Jurisdictionsvertrages den allgemein anerkannten Proceßgrundsätzen in deren Angesicht der Vertrag abgeschlossen wurde und welche daher auch zur Auslegung des Vertrags dienen müssen.

Wenn der Beklagte die Erbantretung bestreitet, so bildet dieser Streitpunkt eine Inzidentfrage des Processes über die persönliche Forderung, von deren Beantwortung nicht nur die Zuständigkeit, sondern auch die Verurtheilung in der Hauptsache abhängig ist.

Nun bringt es aber schon der allgemein anerkannte und im Staatsvertrage selbst durch Zulassung der Wiederklage und der Intervention berücksichtigte Grundsatz des Zusammenhangs der Sachen mit sich, daß der mit einer Klage angegangene Richter auch alle bei deren Verfolgung sich ergebenden Inzidentfragen zu prüfen hat, weil ohne dieses die Entscheidung der Hauptsache unmöglich wäre, und es wird diese Prüfung selbst dadurch nicht gehindert, daß das Gericht, in Ansehung des Gegenstandes der Inzidentfrage, falls er mit einer selbstständigen Klage verfolgt würde, nicht zuständig wäre. Dieses ist zur Vermeidung unnatürlicher und zweckwidriger Vervielfältigung der Processe auf das Bestimmteste ausgesprochen in

l. 3. 10. C. de jud. 3. 1.
l. 1. C. de ord. jud. 3. 8.

wo dem Erbschaftsrichter auch die Prüfung der Inzidentfrage über den Familienstand zugewiesen wird.

So gewiß also der Gerichtsstand des gelegenen Erbes zur Entscheidung der Frage, wer Erbe sei, in dem Falle competent ist, wenn die Erben ihre Rechte in der Rolle des Klägers prinzipaliter verfolgen, so gewiß ist er hiezu auch dann befugt, wenn jener Punkt bei einer gegen die Erben gerichteten Klage incidenter zur Sprache kömmt.

Es ist aber auch ein weiterer Grundsatz, daß der mit einer Klage angegangene Richter jene Zuständigkeit selbst zu prüfen und darüber zu entscheiden hat.

Heffter Civilproceß §. 165.
Bad. Proceß-Ord. §. 54.

Wenn also in der Klage die Thatsachen behauptet sind, welche nach dem Jurisdictionsvertrage die Competenz begründen, wie es hier der Fall ist, so muß der Richter den Beweis dieser Thatsachen selbst prüfen, und darf ihn nicht an ein anderes Gericht zum besondern Austrage verweisen, sonst müßte der Richter des Ortes, wo ein Vertrag geschlossen wurde, sein Verfahren über die Contraktsklage einstellen, sobald der Beklagte den Abschluß des Vertrages läugnet, damit vorerst der Richter des Wohnsitzes entscheide, ob der Vertrag wirklich abgeschlossen und damit das forum contractus begründet worden sei.

Ein solches Verfahren widerspricht aber der Natur der Sache eben so sehr als der allgemeinen Ansicht.

Vergl. Morstadt Civilproceß §. 91.

und es darf dem Vertrage nicht die Verläugnung,

sondern es muß ihm die Anerkennung der allgemein gültigen Rechtsregeln unterstellt werden.

Zu II. Nach den allgemeinen Bestimmungen über den Gerichtsstand, wie sie in der badischen Gesetzgebung angenommen sind, steht dem Kläger auch ohne Rücksicht auf den Jurisdictionsvertrag mit Würtemberg das Recht zu, im vorwürfigen Falle die Beklagten vor dem Amte Lörrach zu belangen, denn nach §. 45. Abs. 1. der Pr.-Ord. können Ausländer von anderen Ausländern vor demjenigen inländischen Gerichte belangt werden, vor welchem ein besonderer Gerichtsstand begründet ist, und ein solcher besonderer Gerichtsstand ist in dem §. 17 für den Fall gegeben, wenn der Erbschaftsgläubiger den Erben belangen will. Es muß nämlich der Erbe dem Gläubiger vor demjenigen inländischen Gerichte zu Recht stehen, wo der Erblasser nach §. 7. der Pr.-Ord. seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, und da der im Inlande verstorbene Gottlieb Eiselen im Amte Lörrach mindestens seinen Aufenthalt genommen hatte, auch dessen Erben dadurch, daß sie bei dem Amte Lörrach die Erklärung der vorsichtigen Erbantretung abgegeben haben wollen, nach L. R. S. 784. dieses Gericht als das des gelegenen Erbes anerkannten, so findet der §. 45. der Pr.-Ord. seine Anwendung und es kann sich nur darum fragen, ob der Ausländer durch den zwischen Würtemberg und Baden bestehenden Vertrag, obwohl darin der nämliche Gerichtsstand anerkannt ist, von dem ihm sonst zukommenden Rechte ausgeschlossen sei, oder — um die Frage allgemeiner zu fassen: ob vermöge jenes Vertrages ein Würtemberger in Baden niemals von einem Ausländer eines dritten Staates belangt werden könne, und so umgekehrt, möchte auch die Erbschaft, oder bei dinglichen Klagen der Streitgegenstand in Baden gelegen, bei Contractsklagen der Vertrag in Baden geschlossen, oder eine Gant im Falle des §. 8. Abs. 2. des Vertrags gegen einen Würtemberger in Baden erkannt worden sein? Eine solche Absicht ist im Jurisdictionsvertrage nirgends ausgesprochen, und sie darf ihm auch nicht folgeweise unterstellt werden. Jener Vertrag hatte nur den Zweck, die Fälle zu bestimmen, in welchen dem Unterthan des einen Staates die Verbindlichkeit obliegt, sich vor den Gerichten des andern zu stellen, und in welchen der ausländische Staat die Urtheile zu vollziehen bereit ist, wie überhaupt die Gerichtspflichtigkeit stets nach den Verhältnissen des Beklagten oder der Streitsache, nie aber nach der Person des Klägers bestimmt wird,

Heffter Civilproceß §. 141.

dagegen blieb es den contrahirenden Staaten anheimgestellt, zu verordnen, in wie weit sie einem ausländischen Kläger eines dritten Staates dieselbe Rechtshülfe einräumen wollen, wie dem Inländer, denn es handelt sich hier um zwei wesentlich verschiedene Fragen, von welchen nur die eine Gegenstand des Vertrages ist.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen ist, erkannt.

Haager.

II.

Eine Antinomie in unsrem neuen Strafrecht.

Es gibt mehrere Vergehen, die nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag oder Anklage des Verletzten, oder derjenigen, die statt seiner zu klagen berechtigt sind, untersucht und bestraft werden sollen. Dahin gehören denn namentlich auch die Ehrenkränkungen.

Nun sagt der §. 322 des Strafgesetzbuchs:

„Die Zurücknahme der Anklage wegen falscher Beschuldigung, Verläumdung oder Ehrenkränkung findet so lange statt, als nicht ein verurtheilendes Erkenntniß erfolgt und in Rechtskraft übergegangen ist.“

Dieser Bestimmung liegt die Ansicht zu Grunde, daß die Sache, so bald ein rechtskräftiges Strafurtheil vorliege, aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht übergehe und daß daher sowohl das Ansehen der Gesetze als die Würde des Richteramts den Vollzug der erkannten Strafe fordere. —

Dagegen bestimmt der §. 343 der Strafproceßordnung:

„Die Vollstreckung verurtheilender Erkenntnisse wird, wenn der Amtsrichter in erster Instanz erkannte, von diesem, sonst vom Untersuchungsrichter angeordnet; in Fällen jedoch, wo das Strafverfahren auf Anklage des Verletzten eintritt, nur in so fern, als der letztere innerhalb 4 Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, nicht auf den Vollzug verzichtet.“

Diese Bestimmung steht mit jener des Strafgesetzbuchs in direktem Widerspruch, indem Letzteres etwas versagt, was die Strafproceßordnung gestattet, nämlich den Verzicht auf die Vollstreckung der gegen den Angeklagten erkannten Strafe nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urtheils. — Bei Berathung des Strafprocesses behielt der consequent durchgeführte Gedanke die Oberhand, daß wie die Untersuchung so auch der Vollzug des Urtheils nur auf Antrag des Verletzten stattfinde, wobei man anerkannte, daß schon das Strafurtheil an und für sich Genugthuung gewähre, und daß sehr häufig nach gefälltem Erkenntnisse eine Versöhnung eintrete. Könnte nun der Ankläger nicht auf den Strafvollzug verzichten, so bliebe den Partien nichts anderes übrig, als den Gnadenweg zu betreten und den Regenten vielleicht wegen einer ganz unbedeutenden Strafe zu behelligen.

Gewiß sind diese Motive viel natürlicher und vernünftiger als jene, auf welchen der §. 321 des Strafgesetzbuchs beruht, weil sie — ohne Zweifel sehr passend — von dem civilrechtlichen Grundsatze der freien Disposition über Privatrechte ausgehen.

Uebrigens werden die beiden sich wiederstreitenden Stellen dahin zu vereinigen sein, daß zwar der Ankläger, sobald ein rechtskräftiges Strafurtheil vorliegt, die Anklage nicht mehr zurücknehmen, wohl aber innerhalb 4 Wochen von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, auf den Vollzug desselben verzichten kann. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 32. Karlsruhe, den 7. August 1847.

I.

Schuldhafte Tödtung. *)

Löwenwirth Ganter von Hausenvorwald, ein gesunder Mann von 39 Jahren bekam am 20. Juni 1844, nachdem sich schon 4 oder 5 Tage vorher an einer kleinen Hautwunde auf dem Rücken der Hand ein kleines Bläschen gebildet hatte, eine bedeutende Anschwellung an der nämlichen Hand, welche sich in kurzer Zeit über den Vorder- und Ober-Arm bis zum Schultergelenk hin ausdehnte.

Die verletzte Stelle auf dem Rücken der Hand zeigte sich mit einem blaurothen Hofe umgeben und die Haut von hier ihres Epiteliums beraubt. Im Mittelpunkt der Wunde hatte sich ein schwarzer, nicht über die Haut erhabener Knoten gebildet, dessen gräulich-weiße Ränder eine dünne gelbliche Flüssigkeit aussickern ließen.

Auf dem stark ödematös angeschwollenen, mit blaurothen Flecken besetzten Vorderarm hatten sich zahlreiche bohnen- und haßelnußgroße Blasen gebildet, welche mit einer gelblichen Flüssigkeit gefüllt waren. Ungeachtet der bedeutenden Anschwellung des Arms klagte der Kranke nicht über Schmerzen, mehr über Spannung. Mit der Zunahme des örtlichen Leidens stellte sich fieberhafter Zustand ein und der Puls wurde gereizt und voll, der Kranke bekam ein ängstliches Ansehen, klagte über eingenommenen Kopf und über Mattigkeit in den Gliedern und von dem Tag an, an welchem sich die Geschwulst des Vorderarms gebildet hatte, stellte sich häufiges Erbrechen ein, wobei der Kranke an hartnäckiger Leibesverstopfung litt.

Diese Zufälle steigerten sich troz aller angewandten Mittel von Tag zu Tag; die brandige Zerstörung des Arms griff immer weiter um sich; es bildeten sich am Vorder- und Oberarm immer zahlreichere und größere Blasen; der ganze Arm fühlte sich kalt an und bei Reinigung der geschwürigen Stellen, sowie beim Ausäzen derselben empfand der Kranke nur wenig Schmerz.

Am 25. Juli (am 5. Tage der ärzlichen Behandlung) stellte sich häufig Irreden ein, die Gesichtszüge wurden entstellt, der Kranke klagte über heftige Schmerzen in den Präcordien, mußte sich häufig erbrechen, der Unterleib wurde aufgetrieben und es waren an der rechten Seite der Brust und in der Magengegend blaurothe, mit Petachien besezte Flecke bemerkbar. Die Kräfte sanken nun rasch; die mit klebrigen Schweißen bedeckte Stirne und Extremitäten waren eiskalt anzufühlen; die Respiration wurde ängstlich, der Puls schnell und schwach, die Zunge ganz dürr und der Durst war nicht zu löschen. Das Erbrechen dauerte immer fort. Am 26. Nachmittags stellten sich unter den fürchterlichsten Schmerzen Convulsionen ein, welche mit wenig Unterbrechung die ganze Nacht anhielten. Unter diesen Zufällen erfolgte der Tod am andern Morgen.

Die Hauptergebnisse der Leichenöffnung waren folgende:

Auf dem Rücken der rechten Hand ein rundliches brandiges Geschwür von zwei Zoll im Durchmesser mit trichterförmiger Vertiefung; brandige Zerstörung der Weichtheile bis auf den Knochen; Ausfließen von dünnem, aufgelöstem, kohlschwarzem Blute an den durchschnittenen Venen des Arms. Am Vorderarme zahlreiche, erbsen- und bohnengroße Blasen. Ueberfüllung der Gefäße der harten Hirnhaut, der Hirnblutleiter mit dunklem theerartigem Blute; zwischen den weichen Hirnhäuten dünnes

*) Hiermit hängt der in Nr 20 dieser Blätter enthaltene Aufsaz zusammen. D. R.

gelbliches Lymphersudat. In den Gehirnventrikeln drei Drachmen wasserheller Flüssigkeit; die Gefäßnetze mit Hydatiden besetzt. Im Zellgewebe der Muskeln der rechten Seite der Brust eine beträchtliche Menge theils dünnflüssiger, theils galatinöser Masse. Die Lungensubstanz mürbe mit bräunlich-schwarzem Blute überfüllt. Das Herz welk, leicht zerreißbar, enthielt in der rechten Kammer dünnflüssiges, schwärzliches Blut, ebenso die großen Blutgefäße der Brust und des Unterleibes; in der Bauchhöhle eine beträchtliche Masse wässriger, gelblich-weißer Flüssigkeit.

Die Schleimhaut des Magens aufgelockert, zum Theil grau, zum Theil schwärzlich gefärbt, mit hirsegroßen, brandigen Geschwüren besetzt. Sämmtliche Gedärme sehr blutreich, die Häute der dicken Gedärme stellenweise sehr stark geröthet und mit brandigen Geschwüren besetzt. Die mit einer bläulichen Membran umkleidete Milz war in eine kirschbraune leicht zerfließende Masse umgewandelt.

Aus diesem Erfund und aus obigem Verlauf der Krankheit schlossen die Gerichtsärzte, Physicus, Landchirurg und Medicinalreferent, welcher dem Physicatsgutachten ohne Angabe eigener Gründe beistimmte, daß dieselbe mit einem Localleiden an dem rechten Vorderarm ihren Anfang nahm, daß eine kleine Hautwunde auf dem Rücken der Hand sich entzündete, brandig wurde und von dieser Stelle aus eine ödematöse Anschwellung über den ganzen Vorder- und Oberarm sich der Gestalt verbreitete, daß in dem Grade, in welchem das örtliche Leiden überhand nahm, das Allgemeinbefinden zerstört wurde und endlich Zufälle eintraten, wie sie bei Typhuskranken vorzukommen pflegen. Die Krankheit wurde hiernach als bösartige Blatter (pustula maligna, anthrax contagiosus) charakterisirt.

Aus der gerichtlichen Untersuchung glaubten die Gerichtsärzte als bewiesen annehmen zu dürfen, daß Ganter am 14. Juni ein hinteres Viertel von einer am Milzbrand krepirten Kuh vom Sonnenwirth Cölestin Fäßle zu Mundelfingen gekauft und am nämlichen Tag dieses Fleisch ausgehauen, während er eine kleine Wunde auf dem Rücken der rechten Hand gehabt hatte. Da nun zur nemlichen Zeit als Ganter von der bösartigen Blatter befallen wurde, in der Gegend von Hausenvorwald nirgends als in Mundelfingen der Milzbrand oder eine andere ansteckende bösartige Krankheit unter den Thieren herrschte, so gaben die Gerichtsärzte ihr Gutachten dahin ab, daß Ganter von dem am 14. Juni angekauften Fleisch der umgestandenen Kuh des Fäßle angesteckt worden und daß somit der am 27. Juni erfolgte Tod desselben in ursächlichem Zusammenhang mit dem Ankauf und Gebrauch des Fleisches der am 13. am Milzbrand gefallenen Kuh des Fäßle gestanden sei.

Da Ganter vorher immer einer guten Gesundheit genoß, und bei der Sektion nur solche Krankheitserscheinungen sich vorfanden, welche als das Produkt des dem Ganter mitgetheilten Giftes angesehen werden konnten, so wurde die Vergifung für die alleinige Ursache des Todes erklärt.

Es wurde zwar zugegeben, daß erfahrungsmäßig Ganter sogleich beim ersten Auftreten des örtlichen Leidens durch Sanificiren und Ausäzen der vergifteten Wunde habe gerettet werden können. Da aber das Gift einige Tage im Körper geschlummert habe, bis es seine Wirkung hervorgebracht, da das örtliche Leiden Anfangs schmerzlos und unbedeutend erschienen, so hielten es die Gerichtsärzte für leicht erklärlich, daß Ganter erst später als das Uebel anfing bedeutender zu werden, um ärztliche Hülfe ausging. Als aber die bedeutende Anschwellung einmal vorhanden gewesen und der Vergiftungsproceß sich schon der ganzen Säftemasse mitgetheilt gehabt, sei es nicht mehr möglich gewesen, der Krankheit Einhalt zu thun.

Nach dem Ergebnisse der richterlichen Untersuchung konnte auch kein Zweifel darüber bestehen, daß Cölestin Fäßle zwei am 12. und 14. Juni krepirte Kühe hatte schlachten lassen, daß er das Fleisch von denselben und zwar von der zuletzt geschlachteten ein Hinterviertel — an Ganter verkauft, daß dieser dasselbe ausgehauen und daß derselbe vorher schon eine kleine Wunde an der rechten Hand gehabt hatte.

Was dagegen den Beweis betrifft, daß die Kuh, von welcher Ganter das Fleisch erhalten, wirklich am Milzbrand umgestanden, so war, da zur Zeit als die Untersuchung eingeleitet wurde, alles Fleisch bereits verkauft und aufgegessen war, eine Befundsaufnahme nicht mehr möglich; allein troz dem ist durch die Aussage von Zeugen und durch das darauf gebaute Gutachten von Gerichts- und Thierärzten auch diese Thatsache wenigstens wahrscheinlich gemacht und daß Fäßle im Laufe der Un-

tersuchung selbst daran geglaubt, durch sein eigenes Geständniß bewiesen. Fäßle, gegen welchen die Special-Untersuchung wegen schuldhafter Tödtung eingeleitet wurde, behauptete nämlich Anfangs, die Kühe hätten sich nur überfressen gehabt. In einem spätern Verhör gab er aber „nach wiederholter geeigneter Ermahnung in großer Zerknirschung unter Weinen" an:

„Ich will gerne ganz die Wahrheit sagen. Beide Kühe sind mir krepirt, an was aber kann ich nicht sagen. Ich will nicht widersprechen, daß sie den Milzbrand gehabt; allein ich erkannte einmal diese Krankheit nicht;" . . .
am Schlusse des Protokolls „nach näherer weiterer Eröffnung:"

„Ich verstehe den Milzbrand nicht, ich will nach der mir hier mitgetheilten Nachricht aus dem Protokoll der Besichtigung und Eröffnung des daran verstorbenen Ganter und aus dem Erfund des Thierazt Engesser wohl gar nicht zweifeln, will vielmehr es anerkennen, (?) daß Ganter am Milzbrand (?) gestorben und daß die Kuh, von welcher er einen Theil bei mir gekauft hat, den Milzbrand gehabt, auch daß Ganter durch Ansteckung, welche ihr Fleisch der Verletzung an der Hand mittheilte, erkrankte und starb; allein wie das mit einander in Verbindung steht, kann ich mir nicht erklären und mich davon auch nicht überzeugen . . . ."

In einem weitern Verhör gesteht Fäßle ebenso, d. h. in Folge inquisitorischen Ueberzeugens — Thatsachen zu, aus welchen gefolgert werden kann, daß ihm die Krankheit der beiden Kühe, insbesondere die der zuletzt gefallenen vor dem Verkauf des Fleisches bekannt gewesen, worauf er fortfährt:

„Demnach muß ich freilich zugeben und mir gefallen lassen, daß ich, ungeachtet mir bekannt geworden, daß beide Kühe, namentlich aber die letzte noch, von der das Fleisch noch nicht verkauft gewesen, milzkrank waren, das Fleisch von dieser Kuh, wie von der ersten und insbesondere auch an Ganter verkaufte." . . . .

„Ich gebe zu, daß die Kuh den Milzbrand gehabt, daß Ganter am Milzbrand gestorben, (?) sowie daß er von dem Fleisch jener Kuh gekauft und es zu Hause ausgehauen, (was aber Fäßle nicht gesehen hat) auch daß er während dem eine Verletzung an der Hand gehabt; wie aber diese Umstände den Tod des Ganter herbeiführten, begreife ich nicht." . .

Durch Erkenntniß des Großh. Hofgerichts des Seekreises von 12. Okt. 1844 wurde Fäßle der schuldhaften Tödtung des Ganter für schuldig erklärt und hiewegen zu einer bürgerlichen Gefängnißstrafe von 4 Wochen zum Ersatz der Kur- und Versäumnißkosten des Beschädigten, sowie zur Tragung der Untersuchungskosten verurtheilt. Fäßle ergriff den Rekurs an das Großh. Oberhofgericht; der höchste Gerichtshof bestätigte jedoch durch Urtheil vom 7. April 1845 die hofg. Entscheidung aus folgenden Gründen:

„Sonnenwirth Cölestin Fäßle von Mundelfingen ist angeschuldigt, durch verbotenen Verkauf des Fleisches von einer am Milzbrand gefallenen Kuh den Tod des Löwenwirths Ganter von Hausenvorwald herbeigeführt zu haben, und mit Recht hat Großh. Hofgericht des Seekreises aus den von ihm angeführten Gründen den Thatbestand einer durch strafbare Fahrlässigkeit verschuldeten Tödtung als erwiesen angesehen.

Es ist nämlich durch das Geständniß des Angeschuldigten in Verbindung mit den Aussagen des Leonhard Baumann, der Wittwe Ganter und mehrerer anderer Zeugen gewiß, daß er am 14. Juni v. J. von einer in seinem Stalle umgestandenen Kuh ein Viertel im Gewicht von 150 Pfund an den Ganter verkauft habe.

Obgleich eine ärztliche Untersuchung dieses Thieres nicht stattgefunden hat, so läßt sich doch nach dem eigenen Angeben des Inkulpaten, nach den eidlichen Zeugen-Aussagen, und dem gerichtsärztlichen Gutachten nicht wohl in Zweifel ziehen, daß die Krankheit, an welcher solche gefallen ist, die Seuche des Milzbrandes war.

Nachdem die fragliche Kuh am 13. Juni Abends unter ähnlichen Erscheinungen, wie 2 Tage vorher eine andere in demselben Stalle umgestanden war, sendete er noch in derselben Nacht den Zeugen Hall zum Thierarzt Schiffemüller nach Donaueschingen, welchen er um Visitation seiner noch gesunden Rinder ersuchen ließ, mit dem Bemerken, man vermuthe, daß die beiden Kühe den Milzbrand gehabt; es sei auch in der zuletzt gefallenen Kuh eine ganz schwarze Milz gefunden worden, welche Aeußerung durch die Aussagen jenes Boten, und der Dienstmägde Krebs und Morat, sowie des Thierarztes erwiesen ist, und zuletzt vom Angeschuldigten selbst nicht mehr in Abrede gestellt wurde.

Auch der Zeuge Merz, der am folgenden Morgen als

Gehülfe des Metzgers Bader zum Abziehen und Aushauen dieser Kuh verwendet wurde, bestätigt, daß die Milz, wie die Gedärme ganz schwarz waren, worüber er sogleich der Dienstmagd Morat sein Bedenken äußerte, welcher nach ihrer Behauptung damals auch von Bader, der das Eingeweide herausgenommen hatte, bemerkt wurde, man sage nicht, daß sie den Milzbrand gehabt, sondern daß sie vom Fressen zersprungen sey.

Der Thierarzt erklärte nach jener Mittheilung des Boten Hall, die Krankheit der gefallenen Kühe als den Milzbrand, und traf dagegen seine Anordnung rücksichtlich des noch gesunden Viehes.

Auf den Grund der gegebenen Thatsachen in Verbindung mit dem Umstand, daß damals in dem Orte Mundelfingen der Milzbrand seuchenartig herrschte, und einige Tage nach dem Umstehen der Fäßle'schen Kühe in andern Stallungen, so wie in den ersten Juli-Tagen wieder in dem Stall des Fäßle Rinder an dieser Krankheit gefallen sind, wie dies durch thierärztliche Untersuchung konstatirt wurde, haben die Gerichts-Aerzte als gewiß ausgesprochen, daß auch die in Frage stehende Kuh mit dem Milzbrand behaftet gewesen sei, was auch der Angeschuldigte selbst zugegeben hat.

Nachdem Ganter das von dieser Kuh gekaufte Fleisch ausgehauen und zerlegt hatte, zeigte sich nach der Aussage seiner Wittwe in wenigen Tagen auf seiner rechten Hand an einer Stelle, an welcher er eine kleine Ritze, oder wie die Gerichts-Aerzte aus ihrem Tagbuche bemerken, eine kleine Hautwunde gehabt habe, und an welcher sich anfangs ein kleines Bläschen, später ein schwarzer Knoten bildete, eine Anschwellung, welche sich in kurzer Zeit mit blaurother Färbung über den ganzen Arm ausdehnte, und ein allgemeines Leiden herbeiführte, welches sich ungeachtet der inzwischen angerufenen ärztlichen Hülfe am 27. Juni, mithin 13 Tage nach dem Ankauf und Gebrauch des Fleisches mit dem Tode des Kranken endigte.

Nach dem auf die Ergebnisse der Leichen-Besichtigung und Oeffnung gestützten Gutachten der Gerichts-Aerzte des Bezirksamts Hüfingen, welchem der Ober-Gerichts-Arzt unbedingt beigetreten ist, war die Krankheit, welche den Tod des Ganter zur Folge hatte, unbezweifelt die bösartige Blatter, welche immer die Folge von Ansteckung durch thierisches Gift ist, und insbesondere beim Milzbrand des Horn-Viehes durch unmittelbare Berührung der Milzbrand-Materie, wenn gleich nicht immer durch den Genuß des Fleisches entsteht, weßhalb die Gerichts-Aerzte mit Bestimmtheit ausgesprochen haben, daß Ganter durch das am 14. Juni von dem Angeschuldigten gekaufte Fleisch angesteckt worden sei, somit Ganters Tod in ursachlichem Zusammenhang mit dem Ankauf und Gebrauch des Fleisches der am Milzbrand gefallenen Kuh des Angeschuldigten stehe, welcher Schluß unter den gegebenen Verhältnissen durch die weitere Versicherung der Gerichts-Aerzte gerechtfertiget wird, daß zu jener Zeit, wo Ganter von der bösartigen Blatter befallen wurde, in der fraglichen Gegend nirgends als in Mundelfingen der Milzbrand, oder eine andere ansteckende, bösartige Krankheit unter den Thieren herrschte.

Hiedurch wird unter den vorliegenden Umständen auch die richterliche Ueberzeugung von jener Causal-Verbindung begründet, da für die den Tod bedingende Krankheit, welche nach dem Ausspruch der Aerzte nur durch solche Ansteckung zu entstehen pflegt, nicht eine Spur einer andern Ursache sich ergeben hat, mithin die nach den Erfahrungen und Forschungen der Wissenschaft völlig zureichende bekannte Ursache als die wirkende unterstellt werden muß.

Unter dieser Voraussetzung unterliegt es keinem Zweifel, daß der Angeschuldigte den Tod des Ganter durch strafwürdige Fahrlässigkeit verschuldet hat.

Er hat nach den Aussagen der genannten Zeugen und nach seinem auf früheres Läugnen gefolgten Geständniß zur Zeit des Fleischverkaufs an Ganter am 14. Juni Vormittags gewußt, oder doch mit Grund vermuthet, daß die Krankheit der gefallenen Kuh den Milzbrand, oder eine demselben ähnliche Seuche war.

In diesem Falle war er nach einer Reihe älterer und neuerer Verordnungen über die Vorsichts-Maßregeln bei ansteckenden Krankheiten des Viehes, insbesondere nach einer Ministerial-Verordnung vom 28. Juli 1822 hinsichtlich des Milzbrandes, welche mit einer Belehrung über die Erscheinungen dieser Krankheit in allen Anzeige-Blättern des Landes, und namentlich auch in dem Anzeige-Blatt für den Seekreis 1822. No. 65. 66. verkündet ist, mithin auch dem Angeschuldigten bekannt seyn mußte, zur ungesäumten Anzeige verpflichtet, das umgestandene Thier mußte vom Wasenmeister mit Vorsicht verlocht werden, und der Verkauf

des Fleisches war verboten. Statt diesen Vorschriften gemäß zu handeln, ließ er diese Kuh, wie die früher gefallene durch einen herbeigerufenen Metzger im todten Zustande noch gleich einer lebenden stechen, aushauen, und das Fleisch zum Verkaufe feil bieten, wobei er den Käufern und insbesondere dem zum Opfer gewordenen Ganter nicht die Wahrheit über die Todes-Art seines Viehes eröffnete, vielmehr das Gerücht veranlaßte, oder doch begünstigte, daß solche in Folge der Fütterung mit Klee zersprungen seyen, wie auch das Stechen der schon todten Kühe nur darauf abgesehen seyn konnte, die Meinung zu verbreiten, daß sie noch im lebenden Zustande geschlachtet worden seyen.

Wenn er auch die Gefährlichkeit seiner Handlungen nicht in solchem Umfang gekannt, und an den eingetretenen Erfolg nicht gedacht haben mag, so war er doch durch jene Polizei-Verordnungen und namentlich durch das Gebot vorsichtiger Verlochung eines solchen Thieres darauf aufmerksam gemacht, wie ihm denn auch bei dem gemeinen Menschenverstande einleuchten mußte, daß das Fleisch einer unter solchen Umständen krepirten Kuh nicht zum Genuß, mithin nicht zum Verkauf geeignet sey, welches Bewußtseyn ihn auch bestimmt haben mochte, dem Käufer die Wahrheit vorzuenthalten.

Da er jener Warnung ungeachtet, um den Kauf-Preis des Fleisches zu gewinnen, beziehungsweise den durch Zufall ihn treffenden Schaden zu vermindern, unbesorgt um den für Andere daraus entstehenden Nachtheil durch Uebertretung der polizeilichen Vorschrift Gesundheit und Leben vieler Menschen in Gefahr setzte, so hat er für die wirklich eingetretene Folge, den Verlust eines Menschenlebens einzustehen.

Es liegt ihm sträfliche Verschuldung im Sinne des §. 89. der Erläuterungen zum Straf-Edict zur Last, insofern er durch unvorsichtige Uebertretung eines polizeilichen Verbotes den Tod eines Menschen herbeigeführt hat, den er somit zur Fahrlässigkeit sich zurechnen lassen muß.

Wenn demnach der Rekurrent dadurch, daß das Großh. Hofgericht ihn wegen schuldhafter Tödtung verurtheilt hat, nach Ansicht der Artikel 134, 136 146. der peinl. Gerichts-Ordnung und §. 72. des Straf-Edicts nicht beschwert ist, so gibt ihm auch die erkannte Strafe von 4 Wochen bürgerlichen Gefängnisses, bei deren Ausmessung alle die Strafbarkeit der Verschuldung mindernden Verhältnisse gebührend beachtet sind, in Anbetracht des eingetretenen schweren Erfolgs und der sonst der Tödtung und Verwundung gedrohten Strafen keinen Grund zur Beschwerde.

Die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens und Tragung der Kosten ist nach Landrechtssatz 1382 a—c. s. die nach §. 19. des Straf-Edikts im Straf-Urtheil auszusprechende weitere Folge der unrechten That.

Bemerkungen des Einsenders.

Unsre gegenwärtig bestehende Strafgesetzgebung bestimmt weder den Begriff der Fahrlässigkeit (culpa) im Allgemeinen, noch den der schuldhaften Tödtung insbesondere. Denn, wenn auch im Art. 46. der peinlichen Gerichts-Ordnung von „ungefährlicher Entleibung, die wider eines Thäters Willen geschieht" gehandelt und gesagt wird, eine solche „ungefährliche Entleibung" sei dann anzunehmen, „wenn Einer ein ziemlich unverboten Werk an einem Ende oder Ort, da solch Werk zu üben ziemlich ist, thut, und dadurch von Ungeschichten ganz ungefährlicher Weise wider des Thäters Willen Jemand entleibt", so folgt daraus doch nicht, daß jede That, welche eine Rechtsverletzung zur Folge hatte, der es aber an einem der im Art. 146 angeführten Merkmale gebricht, deshalb als eine schuldhafte That betrachtet werden muß. Die §§. 89 u. 91 der Erläuterungen zum Straf-Edikt enthalten zwar Abstufungen der Culpa, allein aus der Zerlegung eines Begriffs läßt sich der Begriff selbst nicht bilden. Der §. 93 des Straf-Edikts, auf welchen sich der ebenerwähnten §. 89 bezieht, hat nur die Zurechnungsfähigkeit im Auge, wenn er auch im Gegensatz von der Zurechnungsfähigkeit im Allgemeinen, von einer besondern Zurechnungsfähigkeit „in Anwendung auf die in Frage stehende That, die bei Voraussetzung eines gemeinen Menschenverstandes zu erwarten ist", spricht.

Die Wissenschaft und Praxis, auf welche demnach zurückgegangen werden muß, stimmen aber mit der im §. 101 unseres neuen Strafgesetzes gegebenen Definition culposer Vergehen dahin überein, daß die vom Thäter unabsichtlich hervorgerufene Rechtsverletzung von ihm „nach allgemeiner Erfahrung oder nach seiner besondern Kenntniß bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit vorherzusehen" gewesen sein muß, wenn ein schuldhaftes Vergehen angenommen werden soll. Nach

allgemeiner Erfahrung befürchtet man jedoch vom Gebrauch des Fleisches umgestandener Thiere keinen andern schädlichen Erfolg, als Krankheiten in Folge davon genossenen Fleisches und auch in diesem Fall beweist gerade die wirkliche Erfahrung, daß die schädlichen, in solchem Fleisch enthaltenen Bestandtheile durch das Kochen aus demselben entfernt werden. Ueber diese Erfahrung hat sich nicht nur ein vernommener Thierarzt, sondern auch das Gutachten der Gerichtsärzte ausgesprochen. Letztere haben sogar einen besonders merkwürdigen Fall angeführt. Es hatten nämlich 72 Personen von dem Fleisch mit Milzbrand behafteter Kühe gegessen, bei 67 Individuen verschiedenen Alters und Geschlechts hatte sich nach dem Genuß des Fleisches gar keine Spur irgend eines Uebelbefindens gezeigt; nur 2 Personen, die davon genossen, hatten Uebelkeiten und Erbrechen bekommen, sich aber nach ganz kurzer Zeit wieder erholt, dagegen wurden drei andere Personen, welche sich theils mit der Behandlung der kranken Thiere, theils mit dem Abstechen, Abledern und Aushauen derselben beschäftigt hatten, von den bösartigen Blattern befallen.

Die gewöhnliche Erfahrung, daß der Genuß gehörig gekochten Fleisches von Thieren, welche am Milzbrand zu Grunde gegangen, unschädlich ist und daß man an schädliche Folgen auf dem Lande gar nicht glaubt, hatte sich auch in unsrem Fall bewährt; denn obgleich alles Fleisch von den beiden Kühen verzehrt worden, so ist doch kein Mensch daran erkrankt, ja weder Fäßle und seine Familie noch Ganter und seine Familie, noch selbst die Metzger, welche die Kühe geschlachtet, hatten Anstand genommen, von dem Fleisch zu essen.

So wie daher Fäßle nach allgemeiner Erfahrung annehmen durfte, daß der Genuß des Fleisches nicht schädlich wirken werde und sowie mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit oder Beflissenheit dazu gehörte, vom Verkauf des Fleisches einen Nachtheil für Dritte zu befürchten; so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die bei Ganter eingetretenen Folgen nur mittelst ganz besonderer Kunstkenntniß vorausgesehen werden konnten. Ist aber nur das Letztere gewiß, so kann, da nur die wirklich eingetretenen und nicht alle Folgen, welche außerdem möglicherweise hätten eintreten können, in Betracht kommen dürfen, von einer schuldhaften Tödtung des Ganter durch Fäßle nicht die Rede sein

Daß Fäßle durch den Verkauf des Fleisches gegen Polizeiverordnungen verstieß, ist für die Beurtheilung der Frage: ob er sich der culposen Tödtung des Ganter schuldig machte, vollkommen gleichgültig. Denn wer sich ein Polizeivergehen erlaubt, der unterwirft sich dadurch nur den darauf gesetzten Polizeistrafen, keineswegs treffen ihn aber aus diesem Grund allein schon alle möglichen Folgen der That als peinliches Vergehen, sondern hierüber können nur die Grundsätze des peinlichen Strafrechts entscheiden, welche so eben erörtert worden sind. Hier in Mannheim z. B. ist bei Geldstrafe polizeilich verboten, Wasser auf die Straße zu schütten. Wenn nun Jemand im Winter sich hiergegen verfehlt, wenn das ausgeschüttete Wasser über Nacht gefriert und ein Vorübergehender beim Ausgleiten auf der Stelle des ausgegossenen, gefrorenen Wassers das Genick oder ein Glied bricht, so verfällt der Contravenient zwar, wie wenn kein Unglücksfall eingetreten wäre, der Polizeistrafe, allein der Strafrichter wird wohl nicht berechtigt sein, aus dem Zuwiderhandeln gegen eine Polizeiverordnung allein schon auf fahrlässige Tödtung oder Körperverletzung zu schließen. Hiefür spricht auch der §. 91. Abs. b. der Erläuterungen zum Straf-Edikt, da unter den unerlaubten Handlungen, welche ein peinliches Strafgesetz als solche bei Beurtheilung peinlich strafbarer Thaten aufführt, nicht nur an sich, sondern auch nach dem in der erwähnten Stelle gewählten Beispiel blos peinliche Vergehen, nach der Verweisung auf L. R.-S. 1382 a. aber nur gesetzlich verbotene Unternehmungen verstanden sein können, welche von polizeilich untersagten Handlungen wohl unterschieden werden müssen.

Auf den Grund des eben erwähnten Strafurtheils erhob die Wittwe Ganter in eigenem Namen und Namens ihrer zehn minderjährigen Kinder eine Entschädigungsklage, deren Erfolg in erster und zweiter Instanz, in No. 20 dieses 15. Jahrgangs der Annalen mitgetheilt ist.

Gegen das dort abgedruckte hofgerichtliche Urtheil hat aber Fäßle die Oberberufung ergriffen und folgende Beschwerden aufgestellt:

1) daß die Klage nicht als rechtlich grundlos; daß dieselbe nicht

2) als durch die Einrede eigenen Verschuldens entkräftet, verworfen; daß

3) angenommen worden, Fäßle habe den Tod des Ganter durch den Verkauf von 150 Pf. Fleisch von einer an dem Milzbrand krepirten Kuh verschuldet, weil das gegen Fäßle erlassene Strafurtheil dieß ausspricht; daß

4) alle Bestandtheile der gegen Fäßle eingeleiteten Untersuchung als gültige Beweismittel im Civilproceß angesehen worden; endlich

5) daß den Klägern überhaupt eine Entschädigung und zwar so bedeutende Summen auf so lange Zeit zugesprochen worden ist.

Zu 1. Schon eine Vergleichung der Bestimmungen des noch nicht eingeführten Gesetzes über die bürgerlichen Folgen der Verbrechen beweist, daß Rechte, wie die angesprochenen des gesetzlichen Bodens entbehrten, welchen dieselben erst durch dieses neue Gesetz erhalten sollten, aber auch erst erhalten werden, wenn dasselbe in verbindende Kraft getreten ist. Abgesehen davon würde ein Widerspruch zwischen den Verfügungen der L.-R.-S. 1382. 1382 a. bis 1382 e. und zwischen jener des L.-R.-S. 1151 entstehen, wollte man weiteren Personen, als den persönlich Beschädigten Entschädigungsansprüche einräumen; weil aller Nachtheil den diejenigen erleiden, welche nicht selbst persönlich, sondern durch die Verletzung dritter Personen beschädigt worden, — schon weil eine dritte Person als eigentlich Verletzter in der Mitte steht, nicht unter die unmittelbaren, natürlichen Folgen der Verletzung gerechnet werden können, für welche allein der Verletzende nach der klaren Bestimmung des L.-R.-S. 1151 einzustehen hat. Dieser Widerspruch hebt sich aber auf die allernatürlichste Weise, wenn man die Verordnungen der L.-R.-S. 1382 ff. nur auf diejenigen Personen bezieht, welche durch eine unrechte That unmittelbar beschädigt werden, nicht aber auch in infinitum auf alle diejenigen, welche möglicherweise ein blos mittelbarer Nachtheil getroffen hat, was schon durch die ausdrückliche Beschränkung selbst der Ansprüche der Beschädigten im L.-R.-S. 1382 f. ff. gerechtfertigt erscheint. Hierdurch werden die klagende Wittwe und Kinder auch nicht in ihren Ansprüchen auf Ernährung durch den verstorbenen Gatten und Vater gekränkt, weil diese Ansprüche nur so lange bestehen als derselbe lebt, sein Tod aber, er mag herbeigeführt werden, durch welche Ursache er will, für die Hinterbliebenen ein in das Gebiet des Zufalls gehöriges Ereigniß bleibt.

Mag die natürliche Billigkeit den Entschädigungsansprüchen der Wittwen und Abkömmlinge Getödteter noch so sehr das Wort reden, mag diese Billigkeit die Erlassung des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen rechtfertigen, neben unserer positiven Gesetz-Gebung können sie nicht bestehen.

Zu 2. Nach Inhalt der Untersuchungs-Akten hat Ganter sechs Tage zugewartet, ehe er einen Arzt rufen ließ, während er, nach dem Ausspruch der Gerichts-Aerzte beim ersten Auftreten des örtlichen Leidens durch Sauificiren und Ausäzen der vergifteten Wunde hätte geheilt werden können. Dieses Verschulden steht doch wenigstens dem Verschulden Fäßle's, wenn überhaupt ein solches vorläge, gleich; es steht also auch die Bestimmung des L.-R.-S. 1148 a. der Entschädigungsklage entgegen und die hiernach begründete Einrede wird durch das erlassene Strafurtheil schon deshalb nicht beseitigt, weil der Strafrichter solches eigene Verschulden des Verletzten entweder nur als einen Milderungsgrund berücksichtigen darf oder wenn es wegen solchen eigenen Verschuldens des Verletzten am Thatbestand der Tödtung fehlt, auf ein geringeres Vergehen (Verwundung oder Körperverletzung) erkennen muß, während der Civilrichter jenes Verschulden als einen die civilrechtlichen Folgen der Beschädigung aufhebenden Grund betrachten muß.

Zu 3. Durch das Strafurtheil steht nur hinsichtlich des Strafpunkts fest, daß Fäßle der fahrlässigen Tödtung des Ganter schuldig und hinsichtlich des Civil-Punkts nur soviel als das Urtheil selbst darüber ausspricht. Zu Gunsten Dritter, nicht einmal unmittelbar verletzter Personen ist das Straferkenntniß gar nicht erlassen, sie haben also den Beweis der von ihnen behaupteten Thatsachen mit den im Civilproceß zulässigen Beweismitteln zu führen. Die Beweisführung im Civilproceß ist aber

Zu 4. nicht nur nicht leichter, sondern in der Regel viel schwieriger als die Beweisführung im Strafproceß. Wer daran zweifeln wollte, darf nur die betreffenden Vorschriften unserer Proceßordnung und unseres Landrechts, insbesondere die Bestimmung des L.-R.-S. 1353 mit der durch die Praxis eingeführten Verurtheilung auf Inzichten vergleichen. Abgesehen von der größern Leichtigkeit oder Schwierigkeit gestatten aber die Vorschriften des bürgerlichen Processes dem Beklagten z. B. durch Stellung von Fragen an Zeugen und Sachverständige

einen Einfluß auf die Resultate der Beweisführung, deren sich der Angeklagte in Strafproceß nicht zu erfreuen hat, die sich aber häufig als letzte Garantie der Ergründung des wirklichen Sachverhalts bewähren.

Vergl. Weber Beweisführung im Civilproceß III. §. 1. IV. §. 5.

Kleinschrod im Archiv des Crim.-Rechts II. S. 276.

Mittermaiers deutsches Strafverfahren I. S. 22 u. f.

Heffter Institut. des Civ.-Proc. S. 107 u. f.

Die oberhofgerichtliche Entscheidung wird seiner Zeit ebenfalls mitgetheilt werden. v. Soiron.

II.

Ueber die Artikel 1322 und 1328 des Code civil und des badischen Landrechts und nebenbei auch ein paar Worte über die Beiladung.

(§ 118. P.-O.)

Ueber den Sinn der Art. 1322 und 1328 des Code civil bezüglich der besondern Rechtsfolger besteht unter den französischen Juristen bekanntlich eine sehr große Meinungsverschiedenheit.

Toullier, und mit ihm eine große Anzahl der Gerichtshöfe, versteht unter ayans-cause des Art. 1322 auch den besondern Rechtsfolger; und daher unter tiers des Art. 1328 den besondern Rechtsfolger nicht; der Cassationshof läßt wenigstens das Datum der Quittung des abtretenden Gläubigers dem übernehmenden gegenüber gelten.

Zachariä, Merlin, Duranton, Delvincourt, Troplong, Duvergier und Ducorroy dagegen, und mit ihnen andere Gerichtshöfe behaupten das Gegentheil.

Auch in der Literatur des badischen Rechts hat sich diese Controverse eingefunden.

Stabel hat sich (irgendwo in seinen Vorträgen) der Ansicht Zachariä's rc. angeschlossen, ist übrigens der Meinung, daß die Artikel in der Auslegung keine Schwierigkeit machen dürften, wenn man erwäge, daß eine Privaturkunde nach dem Artikel 1322 erst von da an beweise, wo sie anerkannt ist — also auch erst von dort an dem Dritten gegenüber Datum habe.

Diese Erwägung fördert aber nicht weiter — denn es ist im Art. 1322 zwischen — Inhalt der Urkunde, welcher die Zeit des beurkundeten Vorgangs erwahrt, und dem übrigen Inhalt nicht unterschieden, und es muß deßhalb von ihm gelten, was von dem übrigen Inhalt gilt. Uebrigens legt der Urheber dieser Ansicht selbst kein besonderes Gewicht auf sie, indem er sie nur flüchtig und beiläufig äußert.

Eine andere Meinung hat Mayer am Ende einer Abhandlung über die Einmischung dritter in einen Rechtsstreit (Annalen XIII. Jahrgang Nr. 6 und folgende) ausgesprochen. Er knüpft sie an seine Theorie von der Adcitation an. Allein auf welch unsicherer Grundlage diese beruhe, leuchtet wohl von selbst ein. Ein Recht auf Wahrheit ist ihre Basis — aber auf welchem gesetzlichen Grund beruht denn dieses Recht? hat man schon von einer Entschädigungsklage dessen gehört, welcher durch das Läugnen seines Gegners den Proceß verloren hatte? — Auf Wahrheit: diese erwartet man also von einem Betrüger, denn das ist derjenige, welcher z. B. eine Sache zweien verkauft? Dieß erwartet man also von der unbeeidigten Aussage eines Menschen, dem, wenn er als Zeuge beeidigt aussagen würde, wegen seines Interesses nicht ganz geglaubt würde? — Das Resultat dieser Theorie ist, daß der Adcitat gestehen kann, daß also seine Aussage nicht nur wegen ihrer besondern Wahrhaftigkeit glaubhaft ist, sondern daß sie die öffentliche Urkunde vernichtet — sogar einen Gegenbeweis ausschließt. — Ihre Methode ist, das Civilrecht aus dem Proceßrecht zu erklären, statt richtig den umgekehrten Weg einzuschlagen, denn welches civilrechtliche Band zwischen dieser und jener Person bestehe, welchen Einfluß sie auf Anderer Rechte üben, womit ein Recht zu beweisen sei, das ist Aufgabe und Sache des Civilrechts, wenigstens nach unsern Gesetzbüchern über Civilrecht und Proceß — bei uns. Aus diesen Andeutungen erhellt, weshalb mir jene Ausführung nur eine Ideologie zu sein scheint; hätte sie aber auch Wirklichkeit, so läßt sich nicht recht einsehen, wie ein im Jahr 1809 ausgesprochener Satz durch ein Gesetz vom Jahr 1831 (von authentischer Auslegung oder Abänderung ist hier nicht die Rede) klarer werden sollte.

(Fortsetzung folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 33.** Karlsruhe, den 14. August 1847.

I.

Ueber die Artikel 1322 und 1328 des Code civil und des badischen Landrechts und nebenbei auch ein paar Worte über die Beiladung.

(§. 118 der Proceßordnung.)

(Fortsetzung).

Es dürfte sich also wohl der Mühe lohnen, die Sache noch einmal, und zwar nach allen Seiten zu untersuchen, wobei übrigens natürlich dasjenige nicht noch einmal vorgebracht werden darf, was in den französischen Schriftstellern bereits gesagt ist, und zwar um so weniger, als mir das Ergebniß der bisherigen Erörterungen nicht ganz befriedigend zu sein scheint.

Die Aufgabe dieser Untersuchung ist also die Lösung der Frage:

in welchen Fällen eine Privaturkunde einem Dritten gegenüber ihr Datum beweise? und — welche Grundsätze in Beziehung auf einen besondern Beweis des Datums gelten?

Will man ein reales Ergebniß erzielen, so ist es nöthig, bei Auslegung jedes Gesetzes, zuvörderst seinen möglichen Gegenstand und dessen Verhältnisse ins Auge zu fassen.

Unabweislich ist aber dies der Anfang der Erörterung, wenn es sich um ein so bestrittenes und fehlerhaftes Gesetz handelt, wie das vorliegende.

Was nun zunächst das Verhältniß des Dritten zu dem Aussteller der Urkunde anbelangt, so lassen sich folgende Fälle denken:

I. der Dritte steht in keinem civilrechtlichen Verhältniß zu dem Aussteller der Urkunde; z. B. der Aussteller bezeugt in der Urkunde einen Liegenschaftsverkauf an einen Andern, und dieser stützt darauf seine zehnjährige Ersitzung bei einer Zueignungsklage gegen den Dritten — oder

II. Es besteht ein civilrechtliches Verhältniß zwischen dem Aussteller und dem Dritten, gegen welchen die Urkunde gebraucht wird.

Hier lassen sich nun weiter folgende Fälle unterscheiden:

1) die beiden stehen in einem Verhältniß von Rechtsfolge, diese kann sein:

a) allgemeine Rechtsfolge — z. B. zwischen Erben und Erblasser, — oder gewissermaßen zwischen Mann und Frau bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft — oder

b) besondere Rechtsfolge,

α) in ein dingliches Recht,

β) in ein persönliches Recht;

2) der Aussteller und der Dritte stehen zwar in einer civilrechtlichen Verbindung — aber nicht in dem Verhältniß einer Folge (Succession). Ein solches Verhältniß besteht z. B. zwischen dem ersten und zweiten Vormund — zwischen Vormund und Mündel — zwischen dem Entmündigten und dem Pfleger — zwischen dem Bevollmächtigten und Vollmachtgeber ꝛc.

Der zweite Punkt der Betrachtung der Natur der Sache ist in vorliegendem Fall das Wesen der Privaturkunde.

Die (mündliche) Rede ist in Beziehung auf Rechtsgeschäfte, dessen der spricht, entweder eine Verfügung (für Gegenwart oder Zukunft) oder ein Geständniß (für die Vergangenheit).

Wird die Rede durch Schriftzeichen dessen der spricht ausgedrückt, so ist sie eine Privaturkunde; die Natur des Inhalts der Rede wird dadurch nicht im Mindesten verändert; also enthält auch die Urkunde entweder eine Verfügung oder ein Geständniß.

Eine Schrift, welche keine Verfügung oder kein Geständniß enthält, ist keine Privaturkunde.

Der Inhalt der Urkunde, soweit er in einer Verfügung besteht, bleibt hier als ungehörig fortan außer Betrachtung, es handelt sich hier nur um das Geständniß, welches eine Urkunde enthält.

Damit eine Urkunde in dieser Hinsicht als Urkunde gelten könne, muß sie ein Geständniß enthalten, und damit ein Geständniß bestehe, müssen dessen Bedingungen vorhanden sein.

Eine Bedingung des Geständnisses ist, daß derjenige, welcher es ablegt, Verfügungsgewalt habe; denn das Geständniß beruht auf dem Verzicht — verzichten kann aber nur der Herr des Rechts, auf welches verzichtet wird. Der Umstand, daß Jemand einmal früher der Herr des Rechts war, jetzt aber es nicht mehr ist, berechtigt ihn natürlich nicht, ein Geständniß abzulegen, und es wäre sonach eine deßfallsige Aeußerung demjenigen gegenüber, welcher dermalen der Herr des Rechts ist, kein Geständniß.

Die Datirung einer Urkunde ist ein Geständniß *) über die Zeit eines gewissen Vorgangs, ganz ebenso als ob, ohne die Form des Datums, in der Urkunde selbst erzählt wäre, wann der Vorgang sich ereignet habe oder die Urkunde verfaßt worden sei.

Insoferne nun die Urkunde eine Verfügung oder ein Geständniß enthält — kann man nicht sagen, daß sie etwas beweise — sowenig als man sagen kann, daß ein Geständniß, oder eine Wahrheit ein Beweis sei.

Sie ist aber auch oft zugleich ein Beweismittel, in wiefern nämlich die Schriftzüge dazu dienen können, denjenigen zu ermitteln, wer geschrieben hat, wer darin redet — nämlich durch Vergleichung mit andern Schriften — aber auch nur insoweit.

Wenn darüber gestritten wird, wann sie geschrieben wurde, ist sie kein Beweismittel. Ob eine Schrift heute oder vor einem Jahr geschrieben wurde, läßt sich aus der Schrift selbst, und davon ist hier allein die Rede, nicht erkennen — so wenig als aus ihr allein der Schreiber zu ermitteln wäre. Wollte man z. B. daraus, daß das Papier erst zu der und der Zeit gefertigt wurde, schließen, daß die Urkunde früher nicht existirte, so ist dieser Schluß nicht aus der Schrift, sondern aus einem andern Umstand gefolgert, und deßhalb bleibt es immer wahr, daß die Schrift als solche, kein Beweismittel sei, weder um die Person des Schreibers, noch um die Zeit der Schrift herzustellen.

Wenn also ein Streit darüber entsteht: ob die zeitliche Bedingung eines urkundlichen Geständnisses — die Verfügungsgewalt dessen, der angeblich gesteht, zu der Zeit da er gesteht — vorhanden sei oder nicht? so bietet die Urkunde selbst als solche keinen Grund für eine Entscheidung.

Nach dem Denkgesetz vom Grund, dem sich der Gesetzgeber sowenig entziehen kann als irgend ein Anderer, kann also der Gesetzgeber in einer Privaturkunde unmöglich den Beweis finden, wann sie geschrieben worden ist.

Wenn nun auch in dem Wesen der Privaturkunde jener Beweis nicht begründet sein kann, so läßt es sich doch denken, daß der Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet haben könne, daß in bestimmten Fällen ausnahmsweise die Urkunde auch ihr Datum beweisen solle.

Dies führt zur Betrachtung der Fälle, in welchen der Gesetzgeber Grund haben kann dies auszusprechen. Da es unmöglich ist, diesen Grund in der Schrift zu finden, so kann er ihn nur in einer rechtlichen Verbindung zwischen dem Aussteller und dem Dritten finden.

Für den nichtverbundenen Dritten besteht also kein Grund zu einer positiven ausnahmlichen Bestimmung.

Bei dem allgemeinen Rechtsfolger, welcher erst nach dem Tod es wird, besteht auch keiner — weil die bloße Existenz der Urkunde verpflichtet, sie also gar kein Datum nöthig hat.

Bei dem uneigentlichen theilweis- allgemeinen Rechtsfolger, der beim Leben des Ausstellers diesem folgt — dem Ehemann (oben II., 1. a.,) — ist gleichfalls kein Grund vorhanden; denn einestheils könnte der Mann seines ganzen Vermögens durch eine entgegengesetzte Bestimmung verlustig werden, während der Gläubiger der Frau doch nur seine Forderung verlieren könnte, — anderntheils muß der Gläubiger wissen, daß jeder Schuldner zu seinem Nachtheil sein Vermögen veräußeren, oder mit Nutznießung &c. belasten kann, er kann sich also mit Billigkeit nicht beschweren, wenn man seiner viel-

*) Sie kann auch etwas ganz Gleichgilitiges — oder sogar das Gegentheil eines Geständnisses — eine dem Schreiber vortheilhafte Behauptung enthalten — welche nur behufs eines etwa künftig nöthigen Gegenbeweises beigefügt wird; von dieser Seite der Sache ist aber hier nicht die Rede. D. E.

leicht rechtlichen Forderung nur das zurückgebliebene Vermögen der Frau anweist (Art. 1410.). Ebenso verhält es sich mit dem besondern Rechtsfolger, welcher ein dingliches Recht erwirbt (II., 1. b. α. oben). Sein eigenes Interesse verlangt den Satz, wie er aus der Natur der Sache sich ergibt, „eine Privaturkunde hat Dritten gegenüber kein Datum", — nur mit ihm kann er sich schützen — ohne ihn wäre er nothwendig der Spielball seines Vorgängers. Bei diesem Verhältniß kann freilich sich der Fall ereignen, daß ein unvorsichtiger, oder vielmehr nachlässiger Redlicher einem Betrüger unterliegt, allein bei dem gegentheiligen Verhältniß müßte er ihm immer unterliegen.

Uebrigens ist, was namentlich die französische Rechtsverfassung angeht, dafür gesorgt, daß der Redliche nur selten unvorsichtig sein wird.

Die auf den Verkehr mit Fahrnissen sich beziehende Artikel 2279 und 1141 sind Jedermann so geläufig und die Beweglichkeit der Fahrniß-Gegenstände ist so augenfällig, daß wohl jeder weiß, daß, solange er die Sache nicht hat, er Nichts hat; er sorgt also für Ueberlieferung, und ist diese geschehen, so braucht er die Hülfe jenes Satzes über das Datum gar nicht.

Eine andere Mahnung zur Vorsicht liegt in der Einrichtung des Enregistrement — welche schon von Einführung des C. c. bestand.

Diese Einrichtung hat den Hauptzweck, dem Staat eine Accise zu verschaffen; Nebenzweck dabei ist, den Urkunden ihre Existenz mehr zu sichern.

Nach dieser Einrichtung muß, mit sehr wenigen Ausnahmen, jede Urkunde bevor sie vor Gericht gebraucht wird — überdies jede Urkunde eines Notars oder Huissier — jedes Urtheil in Civilsachen, und endlich jede Eigenthums-Veränderung unter Lebenden, und die meisten auf den Todesfall — einregistrirt werden.

Jede Eigenthumsveränderung unter Lebenden muß also einregistrirt werden — nur die Veräußerung von Fahrnissen, wenn sie nicht beurkundet ist, oder später (wenn auch z. B. nur durch eine Quittung über den Kaufschilling, also indirekt) nicht beurkundet wurde — ist davon ausgenommen.

Die Accise wird nach Verhältniß des Werths und ziemlich hoch berechnet; die Eigenthumsveränderung muß binnen kurzer Frist angezeigt, registrirt werden, und der Säumige verfällt in die Strafe des doppelten.

Da man nun bei wichtigen Sachen in der Regel durch Notare beurkunden läßt, jedenfalls aber beurkundet, und das Enregistrement nach seiner Ausdehnung, finanziellen Bedeutung und Bedrohlichkeit wie ein Gespenst neben jedem Gedanken eines Vertrags sich einfindet, — so liegt darin eine sehr eindringliche Mahnung an die Folgen seiner Hintansetzung auch für den Leichtsinnigsten.

Etwas anders verhält sich aber die Sache bei dem Rechtsfolger in ein persönliches Recht (II. 1. b. β.). Der Fall eines Streites zwischen zwei Rechtsfolgern ist hier nicht wohl denkbar, weil hier nur der Besitz entscheidet, diesen aber jeder ohne Mithülfe eines Dritten sich willkürlich verschaffen kann. (Artikel 1690). Uebrigens muß auch die Uebertragung derartiger Gegenstände einregistrirt werden.

Dagegen ist hier ein Streit zwischen dem Rechtsfolger und dem Schuldner, wenn er eine Erlöschung der übertragenen Schuld behauptet, ziemlich häufig.

Hier treten nun zwei Rücksichten sich gegenüber, die eine auf den Schuldner, die andere auf den neuen Gläubiger.

Es ist nicht vorgeschrieben, daß Quittungen einregistrirt werden sollen, und ebenso wenig ist dies gebräuchlich, am wenigsten bei ehrlichen Leuten, welche mit einer Quittung die ganze Sache für abgemacht ansehen; auch nimmt man nicht immer die Urkunde der Schuld zurück, besonders wenn keine existirt, und noch seltener ist es, Abschlagszahlungen auf der Schuldurkunde zu quittiren. Noch seltener nimmt man Quittung durch Notariatsurkunde, theils wegen der Kosten, theils weil man den Verkehr, welcher Schlüsse auf den Stand des Vermögens erlaubt, nicht gern an die große Glocke hängt. Würde nun die Privatquittung dem Rechtsfolger gegenüber kein Datum haben, so dürfte ein Betrüger nur die gezahlte Forderung cediren, um den ehrlichen Schuldner zu einer zweiten Zahlung zu zwingen.

Auf der andern Seite könnte aber auch der neue Gläubiger ebenso geprellt werden, wenn man unbedingt den Grundsatz gelten läßt, daß die Quittung ihm gegenüber Datum habe, denn es dürfte dann nur der abtretende Gläubiger eine Zahlung, die er erst nachträglich erhält mit früherem Datum quittiren oder sich sonst mit dem Schuldner abfinden, um dem neuen Gläubiger seine Forderung zu nehmen.

Die Rücksicht, daß sich der Eine bei dem Grundsatz „die Quittung hat kein Datum" schützen kann, — der Andere aber bei dem umgekehrten Grundsatz es nicht könnte, scheint den Grundsatz auch hier zu empfehlen.

Allein dagegen ist zu erwägen, daß die Verübung eines Betrugs gegen den neuen Gläubiger viel schwieriger ist, als gegen den Schuldner, weil bei jenem ein Einverständniß zwischen altem Gläubiger und Schuldner, also zwischen Zweien nöthig ist, während der Betrug — die Prellerei gegen den Schuldner — auch von dem alten Gläubiger allein verübt werden könnte.

Eine andere viel entscheidendere Rücksicht ist aber aus der Natur des übertragenen Gegenstandes zu entnehmen. Es wird nämlich hier kein körperlicher Gegenstand — nichts Sichtbares — sondern ein ideeller übertragen. Weil die Sache körperlich nicht besteht, so erkundigt sich natürlich jeder Verständige nach dem Bestand der Sache; eine zuverlässige Erkundigung kann er nur von dem Verpflichteten selbst erlangen, denn wenn er auch die besten Urkunden erhält, so ist es doch leicht möglich, daß die Verbindlichkeit erloschen sei, daß die Sache gar nicht mehr existire, um die es sich handelt. Auf diese Erkundigung vor Abschluß, oder wenigstens vor Vollzug des Handels darf und muß also der Gesetzgeber rechnen. Ferner darf und muß er darauf rechnen, daß wenigstens der Vollzug des Handels unterbleibe, wenn keine genügende Antwort ertheilt wird.

Ueberdies tritt ein weiterer Unterschied zwischen der Uebertragung des Rechts an einer körperlichen Sache, und jener des Rechts zu einer Forderung in der Beziehung ein, daß nicht nur, wie schon bemerkt, die gegenüberstehende Person bei der Forderung bestimmt bezeichnet ist, während bei dem dinglichen Recht dem Einen alle Andere gegenüberstehen, bei welchen der neue Erwerber unmöglich Nachfrage thun kann, sondern, daß auch in der Regel von dem Rechtsfolger sogleich die Probe gemacht werden kann, ob ihm Etwas übertragen sei, oder nicht, durch eine Anforderung an den Verpflichteten nämlich, während der Erwerber eines dinglichen Rechts warten muß, bis man es ihm bestreitet.

Einige andere, hier nicht unerhebliche Unterschiede zwischen beiden Erwerben bestehen darin, daß Niemand sich scheut, körperliche Gegenstände in öffentlicher Urkunde zu kaufen und zu verkaufen, und daß man dies bei wichtigen Gegenständen gerne in öffentlichen Urkunden thut, deshalb, weil der Erwerb und die Veräußerung körperlicher Gegenstände sich doch nicht geheim halten läßt, und man in der Regel mit dem Veräußerer vorher in keinem Verkehr stund, also durch eine solche Zumuthung auch kein Verhältniß früherer Verbindung — das Zartgefühl beeinträchtigt; dies Alles ist aber ganz anders beim Erwerb persönlicher Rechte.

Diese Rücksichten müssen also den Gesetzgeber bestimmen, entweder geradezu auszusprechen, die Quittung oder überhaupt die Urkunde über die Tilgung einer übertragenen Forderung, von dem Vorgänger ausgestellt, beweist auch gegen den Rechtsfolger ihr Datum — Gegenbeweis vorbehaltlich — oder seine Bestimmungen so zu treffen, daß dies das praktische Resultat derselben wäre.

Wenn auch nicht alle diese Rücksichten gleichmäßig wie bei der vertragsmäßigen Uebertragung so auch bei andern eintreten, so treten sie doch theilweise auch bei diesen letzten ein, und es wird deshalb wohl bei ihnen gelten, was bei der erstgenannten gilt. Art. 1251, 1166, C. c. und Titel Saisie-arrêt des Code de proc. Ueberdies erheischt die Rücksicht auf die Leichtigkeit der Umgehung einer andern Bestimmung die gleiche Behandlung des Falls der gesetzlichen Uebertragung ꝛc. mit dem der vertragsmäßigen; es kann ja leicht eine Forderung an den Gläubiger fingirt werden, um den dritten dem ursprünglichen Gläubiger nach 1166 C. c. zu unterschieben.

Bei der letzten Classe der oben (II, 2.) bezeichneten Personen dagegen wird Niemand zweifeln, daß die Urkunde der dritten — natürlich vorbehaltlich Gegenbeweises — ihr Datum ohne weiteres beweisen müsse. Es ist also hier eine Ausnahme von dem aus der Natur der Sache sich ergebenden Satze, daß die Privaturkunde kein Datum erwahre, zu machen. Der Vormund ist theils beschränkt, theils bietet er durch die periodische Rechnung und durch das Unterpfand dem Mündel hinlängliche Sicherheit gegen Mißbrauch seines Beurkundrechts, — der Pfleger hat leicht einen Gegenbeweis zu führen, und der Vollmachtgeber soll sogleich sich erkundigen, was geschehen sey, er hat großes Vertrauen gegeben, er mag daher auch allein sich zuschreiben, wenn er getäuscht wird, ein Anderer darf darunter nicht leiden.

Wo eine Urkunde nach dem Vorstehenden nun aus-

nahmsweise ein Datum hat, muß aber immerhin der Gegenbeweis stattfinden dürfen — durch Eideszuschiebung und durch jedes andere Beweismittel. Der, welcher einen solchen Gegenbeweis führen will, befindet sich in einer Art von Nothstand, durch eine gesetzliche Fiktion herbeigeführt, er darf also dieselbe Rücksicht verlangen, welche manche andere Fälle bezüglich des Zeugen- und Vermuthungsbeweises genießen; auch ist seine Lage eine so besondere, daß dadurch der Grundsatz an sich nicht verletzt wird.

Wenn aber auch eine Urkunde für sich kein Datum hat, so liegt doch nicht nur kein Grund vor, den zu führenden Beweis ihres Datums zu verbieten, sondern es müßten sogar in einem solchen gleichfalls ausnahmlichen Fall — einer Art von Nothstand, in welchen der Beweisführende durch ein unvorgesehenes ihm gänzlich fremdes Ereigniß versetzt ist — solche Beschränkungen, wie sie etwa bei dem Beweis von Rechtsgeschäften rücksichtlich der Zeugen und Vermuthungen bestehen können, hinwegfallen.

Was die Frage, in wieweit das Geständniß des Vormanns zuzulassen sey, anbelangt, so besteht bei den französischen Schriftstellern aller Meinungen und in der französischen Praxis gar kein Zweifel darüber, daß es nicht zulässig ist; Toullier selbst ist z. B. darüber ganz entschieden, daß, wenn der Rechtsvorgänger in einer Urkunde mit späterem Datum bezeuge, daß der und der Vorgang sich früher zu der und der Zeit ereignet habe, diese Aeußerung der Urkunde kein älteres Datum gebe.

Wenn es sich de lege ferenda handelt, möchte sich aber wohl z. B. die Bestimmung rechtfertigen, daß wenn der Eine keine Urkunde habe, auch die mündliche Aeußerung des Vormanns zu Gunsten des Andern zuzulassen sei, und entscheiden könne, u. dgl. mehr. Daß diese Aeußerung auch in diesem Fall kein Geständniß sein könne, sondern nur mit einer gesetzlichen Vermuthung zu bekleiden sei, versteht sich aber wohl von selbst — so wie daß, wenn eine gegentheilige Bestimmung vom Gesetz nicht ausdrücklich getroffen ist, die Aeußerung des Dritten dem Begriff eines Geständnisses gemäß, als Solches nicht gelten könne, wogegen kein Hinderniß besteht, den Vormann als Zeugen, wo es sonst angeht, zu vernehmen, und ihm denjenigen Glauben beizumessen, den er nach Lage der Sachen, oder nach gesetzlicher Bestimmung (vgl. z. B. unsere Nr. 3 und Nr. 5 des §. 509 der Proceß-Ordnung) verdient.

Die bisherige Erörterung hat nun nach dem Wesen einer Privaturkunde und nach unabweislichen Rücksichten auf die Natur anderer vom Gesetzgeber anerkannter und nothwendig anzuerkennender Rechtsverhältnisse und auf das Bestehen anderer Rechtsinstitute u. Rechtssätze, folgende theils als nothwendig, theils als zweckmäßig erfundene, deshalb vom Gesetzgeber zu erzielende und im Zweifel auch erzielte Sätze ergeben:

1) die Privaturkunde ist nichts weiter als ein Geständniß dessen, der sie ausgestellt hat, über die Zeit des darin beurkundeten Vorgangs — die Zeit wo das Geständniß abgelegt wurde, wird durch sie nicht absolut erwahrt;

2) ausnahmsweise müssen Privaturkunden über das Erlöschen einer Forderung des Rechtsvorfahren, auch dem Rechtsfolger gegenüber ihr Datum beweisen;

3) der Repräsentirte muß die Urkunde dessen, der für ihn zu handeln von ihm oder vom Gesetz beauftragt war, gegen sich gelten lassen. Durch Entmündigung verliert das Datum die Glaubwürdigkeit nicht;

4) der Beweis der frühern Existenz einer Urkunde — so wie der Beweis, daß sie erst später als ihr Datum besagt, zu Stande kam, muß erlaubt seyn — wo es immer darauf ankömmt;

5) dieser Beweis muß durch jedes gesetzliche Beweismittel, also auch durch Zeugen und Vermuthungen geführt werden können.

Hiernächst ist nun zu sehen, welche Ansicht von der Sache diejenigen hatten, welche das französ. Gesetzbuch verfaßt, und bei dessen Berathung mitgewirkt haben.

Die folgenden amtlichen Notizen sind uns aus Locre's Legislation de la France entnommen.

Die Ansichten sprachen sich hauptsächlich nur bei den Artikeln 1322 u. 1328 aus. Bei dem Art. 1410 wurde von Duveyrier nur (in seinem Bericht an's Tribunat) gesagt, daß er bestimmt sei, Betrug der Frau zu hindern, und bei der Erörterung des Art. 1743 im Staatsrath, erwiederte auf die Frage des Staatsraths Defermon, warum die Privaturkunde nicht soviel gelte, als die öffentliche? — der Staatsrath Treilhard — weil man durch eine entgegengesetzte Bestimmung den Betrug erleichtern würde.

Der Regierungs-Commissär, welcher im gesetzgebenden Körper, und der Tribun, welcher im Tribunat sprachen, halten sich bei dem Artikel 1322 ebenso unbestimmt, wie der Artikel selbst.

Ihre Aeußerungen darüber sind weiter nichts als Wiederholungen desselben.

Ueber die Art. 1328 äußert sich aber der Regierungs-Commissär (Bigot-Préameneu):

Il est souvent du plus grand intérêt, soit pour les parties, soit pour des tierces personnes, que la date des actes sous seing privé soit prouvée. Ceux qui les ont écrit, ont la facilité de les écrire une seconde fois sous uno autre date. La date portée dans un écrit sous seing privé ne fait donc foi qu'à l'égard de ceux, qui ont signé; il faut qu'à l'égard des autres la date soit d'ailleurs assurée. Ainsi les écrits, sous seing privé n'ont, à l'égard des tierces personnes, de date certaine que du jour ou ils ont été enregistrés etc.

Darnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieses Motiv die Ansicht der Gegner Toulliers bestätigt. Der Redner sagt, daß es für die Parteien sowohl als für Dritte von höchstem Belang sey, daß das Datum bewiesen werde; ohne weiter auf die erste Abtheilung zwischen partie und tiers einzugehen, unterscheidet er dann nur zwischen ceux qui ont signé und autres, und folgert aus dieser Unterscheidung.

Daß sonach der Redner bei seiner Aeußerung jeden, der nicht selbst, eigenhändig die Urkunde unterzeichnet hat, unter den tiers versteht, also auch den Erben und Singularsuccessor (wenn es bei diesen darauf ankäme) ist sattsam klar.

Dagegen spricht sich der Tribun Jaubert im Tribunat für die Ansicht Toulliers aus, indem er sagt:

Examinons maintenant, quelle foi doivent faire les actes sous seing privé . . .

Sur cela il faut distinguer. A l'égard des parties qui ont souscrit l'acte et de leurs heritiers et ayans-cause, les actes sous seing privé font entre eux la même foi que les actes authentiques. . . .

Pour ce qui est de la foi que peut faire un acte, c'est à dire pour le titre de l'obligation, pour la verité et pour la substance de l'obligation, il n'y a absolument aucune différence entre les actes sous seingprivé et les actes authentiques en ce qui concerne ceux qui les ont souscrit, leurs héritiers ou ayans-cause.

Mais que doit il en être à l'égard des tiers?

Deux choses sont à considerer, la convention en elle même et la date de l'acte.

Quant à la convention etc. Il en est autrement pour la date. Ici un exemple est nécessaire. Pierre est debiteur de Jacques. Jean porteur d'un titre exécutoire contre Pierre forme une saisie-arrêt entre les mains d'un debiteur de Pierre. Jacques demande à concourrir à la répartition des fonds. Il produit en effet un titre de créance . . . sous seing privé . . . pourra-t-il . . . l'opposer à Jean?

Jean ne pourra-t-il pas lui dire, qu'il n'est pas prouvé que cet acte ait existé avant la saisie-arrêt, et que conséquement, quant à lui, il n'y a pas de preuve de l'obligation? L'exposition de la question prouve que le législateur nageait entre deux écueils.

Declarer en princip, que les actes sous seing privé faisaient foi de leur date contre les tiers, c'eût été ouvrir la porte à toutes sortes de fraude.

Declarer en princip, que les actes sous seing prive n'ont point de date contre les tiers, n'estce-pas comprommettre en certains cas les intérêts des hommes de bonne foi, qui n'ont pas exigé un acte public . . . ?

Cependant ce dernier inconvénient est moindre que celui qui resulte du systême contraire.

La crainte des excès dans lesquels l'intérêt personnel entraine certains hommes a dû determiner le législateur . . .

C'est donc avec une grande sagesse que le projet a rappelé cette ancienne règle, que les actes sous seing privé n'ont point par eux seuls de date contre les tiers.

In dem motivirten Antrag des Tribunats an den gesetzgebenden Körper — ausgesprochen von dem Tribunen Mouricault — kömmt zur Rechtfertigung des Art. 1328 nur die Stelle vor:

Il est évident que — sans cela — le choix de la date aux préjudice de tiers, serait à la discrétion des contractans.

Das Beispiel Jauberts zeigt einen tiers im Sinne Toulliers — der überdies in der Einleitung zu Erörterung der Frage dem Singularsuccessor scharf entgegengesetzt ist; denn dieser ist jedenfalls in dem Wort ayant-cause nach seinem gewöhnlichen Gebrauch und seiner Anwendung in andern Stellen — Art. 137, 941, 966, 1014, 1015, 2c. C. c. — mitbegriffen.

Jaubert sagt also gerade das Gegentheil von Bigot-Préameneu ohne es der Mühe werth zu achten, dies anzudeuten, oder wahrscheinlicher, ohne zu wissen, daß eine (wesentliche) Differenz zwischen beiden Ansichten bestehe, und es wäre bei solcher Behandlung des Gegenstandes fast ein Wunder, wenn das Product ein taugliches geworden wäre.

Bigot's Zeugniß über die Intention der Redactoren ist natürlich viel gewichtigter als jenes Jaubert's; denn er war überdies eines der 4 Mitglieder der Gesetz-Commission, und als Regierungs-Commissär auch bei der Vorberathung dieses Abschnitts im Staatsrath thätig.

In der Erörterung der Artikel erlitten sie keine wesentliche Veränderung.

In dem ursprünglichen Entwurf des Art. 1322 stand zwar statt des jetzigen Worts entre das Wort contre — allein daß beide Worte ganz gleich gemeint sind, geht aus dem Art. 1323, wo das contre wieder vorkömmt, hervor. Wie die Veränderung veranlaßt und gemeint ist, läßt sich aus Locré nicht entnehmen.

In dem Art. 1328 wurde den beiden einzigen Fällen — des enrégistrement und Tod — des Entwurfs noch das Weitere im Artikel befindliche beigefügt.

Der Grund und das Ziel, welches bei der Berathung des Artikels 1328 der besser unterrichtete und gewichtigere Redner für dessen Ausspruche geltend machte, nöthigen also, ihn so zu verstehen, wie ihn die Gegner Toulliers verstehen.

Nach dieser vorbereitenden Betrachtung ist nun der Ausdruck des Gesetzes selbst und seine Stellung zu betrachten. Man wird finden, daß beide widerstreitende Meinungen in dieser Beziehung sich das Gleichgewicht halten.

Ayant-cause sowohl als tiers sind nur unbestimmte Ausdrücke für Rechtsfolger und das Gegentheil davon. Ayant-cause umfaßt überall auch den besondern Rechtsfolger — aber um Toulliers Ansicht durch das Wort zu begründen, müßte — hingesehen auf das gegenüberstehende tiers des Art. 1328 — erweislich seyn, daß es nur ihn bedeuten könne. Dies ist aber eine Unmöglichkeit, weil es im Art. 1016 z. B. jeden allgemeinen Rechtsfolger gleichfalls bedeutet.

Andrerseits verhält es sich ebenso mit tiers; obwohl es in dem nachstehenden Art. 1321 den besondern Rechtsfolger, und in dem Art. 1338 nur ihn bedeutet, so läßt sich doch nicht nachweisen, daß es immer nur diesen bedeute.

Aus der Unbestimmtheit dieser beiden Begriffe ist der ganze Streit entstanden; man muß daher bei der Frage von ihnen ganz absehen; weit entfernt als unbestimmte Begriffe etwas bestimmen zu können, müssen sie erst durch die Auslegung bestimmt werden.

Gleich unergiebig ist die Rücksicht auf die Reihenstellung der Artikel.

Es hat zwar etwas für sich, in dem ersten Artikel einen Grundsatz und in den folgenden nähere Bestimmungen zu suchen. Danach wäre Art. 1322 der Grundsatz, und 1328 — ebenso wie die dazwischenstehenden — nur eine nähere Bestimmung, welche also, wieweit die Beschränkung sich nicht klar ergiebt, dem Grundsatz untergeordnet werden müßte, was denn in vorliegendem Fall allerdings der Meinung Toulliers das Uebergewicht verschaffen würde.

Allein es fehlt ein Grund dafür, dem Art. 1328 die Eigenschaft einer bloßen Beschränkung des Art. 1322 beizulegen.

Das unmittelbare Vorangehen der Art. 1325 2c. kann dies allein nicht motiviren, und unmittelbar nach dem Art. 1328 folgen noch andere Artikel die gleichfalls keine bloße Beschränkungen jenes Art. 1322 sind; die Reihe der Beschränkung kann also so gut beim Art. 1327 als beim Art. 1328 aufgehört haben.

Auf der andern Seite geht es ebenso gut, in dem Art. 1322 eine Beschränkung des Art. 1328 zu suchen.

Wollte der Art. 1322 eine allgemeine Regel aufstellen, so hätte er sagen müssen, daß eine Privaturkunde unter den Parteien, ihren Erben und Rechtsfolgern und unter Dritten beweise; dann wäre die Bestimmung im Art. 1328 eine Beschränkung dieses Art. 1322 gewesen, und es würde dann dieser Artikel, obwohl er ganz unbedingt vom Dritten spricht, in der Auslegung dahin zu beschränken seyn, daß der Singularsuccessor beim Beweis des Datums nicht ein Dritter sei.

Dies thut aber der Art. 1322 nicht, sondern er beschränkt seinen Ausspruch auf die Betheiligten und ihre ayans-cause, und der gesetzliche Ausspruch, daß Privaturkunden auch unter Dritten beweisen, ergibt sich erst folgeweise aus Art. 1328.

Aus der Stellung ergiebt sich sonach auch kein Grund dafür, den Art. 1328 dem Art. 1322 unterzuordnen.

Beide Artikel theilen vielmehr das Gebiet nebeneinander ab, der eine spricht in Bezug auf die Beweiskraft gegen dritte — der andere in Bezug auf die Parteien und ihre ayans-cause; ebendeßhalb muß auch der Eine gelten, was der Andere gilt.

Beide Artikel machen aber nach ihrem Wortlaut unstreitig Uebergriffe in das fremde Gebiet; denn tiers begreift auch den besondern Rechtsfolger, folglich entzieht er diesen der Disposition des Art. 1322, und ayans-cause begreift umgekehrt auch einen Theil des Begriffs tiers.

Die Behauptung, daß das grammatische Verhältniß hier gar nichts entscheidet, ist sonach gerechtfertigt.

Der Art. 4 C. c. drängt aber den Richter zur Entscheidung — nach ihm gibt es kein dunkles oder widersprechendes Gesetz — er muß sich also anderwärts seine Entscheidung begründen.

Er ist somit auf die sogenannte logische Interpretation verwiesen.

Hier aber entscheidet die Natur der Sache, die Absicht der Gesetzredactoren, und der Grund des Gesetzes im Art. 1328 dafür, in dem ayant-cause des Art. 1322 nur den allgemeinen Rechtsfolger zu verstehen, — den Legatar. Dies geht ganz gut, denn wie gesagt, im Art. 1016 bedeutet das Wort gleichfalls ihn, und wenn man dagegen einwendet, daß dann das Wort überflüssig sei, so kann man diese Einwendung sogleich durch Hinweisung auf das danebenstehende heritiers entkräften.

Abgesehen von obigen Gründen entscheidet ebenso die Analogie des Art. 1743 u. 1410. Keiner dieser Artikel hat — soweit sie hier in Anschlag kommen — etwas Besonderes; sie sind sicher bloße Folgerungen, oder vielmehr Anwendungen des allgemein ausgesprochenen Art. 1328; wären sie es aber auch nicht, so zeigen sie wenigstens, daß in der bloßen Rechtsfolge kein Grund liegen kann, einer Urkunde des Vormanns dem Nachmann gegenüber ein sicheres Datum zu geben.

Da zwischen dem Repräsentanten und Repräsentirten Einheit der Person besteht, so spricht dieser Umstand wohl dafür den obigen Satz 3 aus dem Art. 1322 zu entnehmen; doch könnten sogar in dieser Beziehung sehr gewichtige Zweifel erregt werden, wenn man den Grund des Art. 1328 und die Natur der Privaturkunde walten läßt. Es darf aber wohl angenommen werden, daß der Gesetzgeber an diese Fälle sicher nicht dachte, als er die Art. 1322 und 1328 aussprach.

Der obige Satz 2 dagegen ist sicher aus dem Code nicht zu begründen. Das Gesetz unterscheidet nicht, und wenn dies auch ein Fehler ist, so darf es sich der Richter nicht herausnehmen, sich darüber hinwegzusetzen, und das Gesetz zu verbessern. Man kann den Art. 1328 entweder so wie Toullier oder so wie seine Gegner verstehen; aber halb so und halb anders sicher nicht.

Die im Eingang erwähnte Praxis des Cassationshofs scheint daher illegal; auch gibt er keine Gründe weiter, als daß eben der Cessionarius kein dritter im Sinn des Art. 1328 sei.

Man wird übrigens weiter unten sehen, daß der Code ein genügendes praktisches Ergebniß dennoch nicht vereitelt.

Ich gehe nun zu der weitern Frage, was der Art. 1828 in Beziehung auf den Beweis des Datums ausspreche? — und beantworte sie dahin, daß er durchaus nicht beabsichtige, eine **Beweis**regel aufzustellen, sondern **Präsumtionen**, und daß somit das Datum sogar durch Zeugen und Präsumtionen bewiesen werden dürfe.

Unter den französischen Schriftstellern herrscht darüber Streit, ob die Fälle des Art. 1328 beispielsweise oder beschränkend zu nehmen seien; weiter gehen sie nicht. Dessenungeachtet scheint mir nur die hier gegebene Lösung der Frage die richtige.

Der Beweis dieser Behauptung wird sich übrigens aus Folgendem ergeben:

Der Artickel enthält zwei oder eigentlich drei Sätze — nämlich den Satz

Privat-Urkunden haben Dritten gegenüber kein Datum und den Satz

Sie haben aber ein Datum in den und den Fällen — aber nur von dem und dem Tag.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 34. Karlsruhe, den 21. August 1847.

I.

Ueber die Artikel 1322 und 1328 des Code civil und des badischen Landrechts und nebenbei auch ein paar Worte über die Beiladung.

(§. 118. der Proceßordnung.)

(Schluß.)

Wäre dies so ausgedrückt worden, so wäre obige Behauptung wohl eines Beweises überhoben, die Sätze sind aber in einen zusammen gezogen worden, und es nimmt nun die Beschränkung (ne-que) eine Stellung ein, welche es auf den ersten Anblick zweifelhaft macht, ob nicht durch den Ausdruck beabsichtigt worden sei, einen Beweis des frühern Datums in andern Fällen zu verbieten.

Dieser Zweifel wird aber gehoben durch die Aeußerungen über den Artikel im Staatsrath, durch eine genauere Untersuchung des Wortlauts desselben, und durch Beachtung der Interpretationsregel, daß eine Bestimmung im Zweifel so müsse genommen werden, wie sie am besten mit dem Geist des Ganzen und des Einzelnen harmonirt.

Bei der ersten Berathung des Artikels im Staatsrath, zu welcher Zeit er nur den Tod und Enregistrement enthielt, bemerkte Defermon, daß der Artikel unvollständig sei, weil es auch noch andere Umstände (circonstances) gebe, qui peuvent *donner* à l'acte une date certaine.

Auf diese Bemerkung wurde der Artikel vervollständigt wie er jetzt ist. — Daraus ist klar, daß dieser Theil der Gesetzfaktoren hier an einen Beweis gar nicht dachte, sondern an Aufstellung gesetzlicher Vermuthungen. Die Worte circonstance (vergl. Art. 1350 Nr. 2 und Anfang dieses Artikels) und donner lassen darüber gar keinen Zweifel; durch das „donner" wird dem acte eine Eigenschaft, wie mit einem Stempel, aufgedrückt; und „circonstance" zeigt, daß man diese Thatsachen als solche und nicht als Beweismittel betrachtete; und wenn das Gesetz selbst aus einer Thatsache folgert, so stellt es Vermuthungen auf. Von der Absicht, eine Beweisführung oder Gegenbeweisführung zu verbieten, kömmt in der Diskussion keine Spur vor.

Dieser Theil der Gesetzfaktoren meinte also von Vermuthungen zu reden, und daraus ergibt sich eine große Wahrscheinlichkeit, daß auch das Gesetz nur davon rede.

Aber — was mehr gilt — auch der Wortlaut spricht hiefür.

Der Ausdruck ne-que zeigt eine Beschränkung an, und es sind auch, gedenkbarer Weise, zwei Beschränkungen in dem Artikel zu finden.

Die eine Beschränkung wäre, daß dadurch ausgedrückt würde:

> eine Beweisführung über das Datum durch andere Mittel als die hier angedeuteten soll damit ausgeschlossen sein.

Die andere Beschränkung wäre, daß dadurch ausgedrückt würde:

> nicht das Datum der Urkunde, sondern nur das Datum, welches aus den angeführten Ereignissen sich ergibt, soll als Datum der Urkunde gelten.

Die erste Beschränkung würde den Gegensatz zwischen diesen Mitteln des Artikels und den gewöhnlichen Beweismitteln — die zweite jenen zwischen Datum und Datum markiren.

Es frägt sich nun, welche von beiden Beschränkungen drückt der Artikel aus — oder drückt er vielleicht beide aus?

Das Letzte darf man nicht annehmen, weil die natürliche Verbindung, welche bei jedem Redenden zwischen Gedanken und Ausdruck besteht, dagegen streitet. — Wenn die Beschränkung die zweifache Beziehung hätte, so wären also auch zwei Gedanken in dem ne- que ausgedrückt; jeder aber, der natürlich spricht, markirt auch beide Gedanken, und zwar sogar unwillkürlich; hier aber ist nur eine Beschränkung durch den Ausdruck angedeutet. Möglich wäre es immerhin, daß der Redende dennoch beabsichtigt hätte, zwei Beschränkungen auf einmal auszudrücken, aber dafür gibt es keinen hinreichenden Grund, daß er es auch wirklich beabsichtigt habe; der Wortlaut ist dagegen, und es wäre diese Kürze wenigstens sehr affektirt. Man ist also wohl schon deshalb auf die Wahl zwischen der einen oder andern beschränkt.

Nimmt man an, daß die erste Beschränkung hier ausgedrückt werden sollte, so läge darin ein Verbot einer andern Beweisführung über das Datum. Dieses Verbot wäre dann in zweifacher Beziehung ungewöhnlich ausgedrückt. Wenn der Ausschluß aller andern Beweismittel der Gedanke bei der Beschränkung war, so wäre es natürlicher gewesen, statt des Worts *avoir*, das in diesem Fall allein deutliche Wort *prouver* zu wählen; zum andern aber hätte der Gesetzgeber nicht in der gegenwärtigen Zeit, sondern mindestens in der künftigen sprechen müssen, wenn er nicht mittelst des zunächstliegenden Hülfszeitworts (ne *peut* être prouvée) den natürlichsten Weg gehen wollte.

Er hätte also sagen müssen:

la date des actes sous seing privé ne peut être prouvée etc. (oder ne sera prouvée etc.),

nur dann wäre ein Verbot der Beweisführung hinreichend und natürlich ausgedrückt. Wenn nun auch diese fehlerhafte Art sich auszudrücken nicht selten ist, so kann sie doch kein Motiv abgeben, in einem zweifelhaften Fall — der hier vorliegt — zu entscheiden.

Das ist wohl unbestreitbar, daß durch den Wortlaut der Gegensatz zwischen Beweisführung durch andere Beweise und Umstände als die im Artikel angeführt sind, und ein Verbot, nur uneigentlich angedeutet wäre.

Ganz anders verhält sich aber der Ausdruck zu der Annahme, daß bei der Beschränkung nur an den Gegensatz zwischen Datum und Datum gedacht worden sei; nur dann ist er vollkommen richtig und deutlich.

Die Bestimmung des Datums — der Zeit — ist die Aufgabe des Artikels; der Gegensatz zwischen dem früheren Datum der Urkunde, und dem späteren, welches sie aus den angeführten Umständen erst erlangen soll, mußte sich daher sogar unwillkürlich auch in den Worten des Redenden geltend machen, er ist auch recht bestimmt in den nahestehenden Worten: ne de date . . que du jour ausgedrückt, es kann daher diejenige Stelle, welche die Beschränkung ausdrückt, auf gar nichts anderes bezogen werden, als auf die Zeit, und eben deshalb ist auch keine andere Beschränkung in dem Artikel ausgedrückt.

Der Ausdruck ne-que muß also mit „erst" übersetzt werden, wie z. B. in den Art. 1153, 1652 zc. Nur wenn er hier „erst" heißt, paßt zu ihm das Uebrige; dann erscheint nämlich das Enregistrement zc. erst als zweiter Gedanke, als Mittel zum Zweck — als Mittel ein Datum überhaupt zu fixiren — dann hat das Gesetz dadurch, daß es diesen verschiedenen Umständen ohne weiteres die Kraft beilegt, das Datum zu bestimmen, solche als gesetzliche Vermuthungen aufgestellt, und dann konnte es, ja es mußte sogar, statt von einem prouver, von einem avoir de date sprechen, dann konnte es sich, wie es gethan hat, in der gegenwärtigen Zeit ausdrücken; nur dann ist also der Ausdruck vollständig fehlerfrei.

Wenn diese grammatische Gründe, und jenes logische Gesetz auch nicht erfordern würden, das *„ne-que"* hier in der Bedeutung von „erst" zu nehmen — es auf den Hauptgegenstand des Artikels allein zu beziehen, so ist der Contrast zwischen Datum und Datum so mächtig, daß er jedenfalls einen Ausdruck verlangt, und man wäre also, wenn man dem ne-que überdies noch eine weitere Beschränkung abmerken wollte, anzunehmen gezwungen, daß der Redende sich jener affektirten Kürze schuldig gemacht habe.

Wenn in der beschränkenden Formel nun die Beschränkung rücksichtlich des Beweises des Datums nicht gefunden werden kann, so müßte man sie p. arg. a. contr. darin finden, daß keine andere Fälle namhaft gemacht sind; allein einestheils wäre dieses Argument zu schwach, um ein so exorbitantes Rechtsverhältniß zu er-

zielen, und anderntheils ist in dem Artikel nur die Aufstellung gesetzlicher Vermuthungen bezweckt und geschehen, und es hätte also die Anwendung jenes Arguments nur das Ergebniß, daß eben andere gesetzliche Vermuthungen für das Datum nicht bestehen, was sich aber nach Artikel 1350 schon von selbst versteht.

Wäre z. B. in dem Art. 1328 weiter nichts gesagt als:

l'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date contre les tiers —

wären also darin keine Vermuthungen aufgestellt, so würde Niemand daran zweifeln, daß das Datum auf andere Beweise erwiesenwerden könne — weil es nicht verboten ist. Welcher Grund besteht aber, diese Befugniß dem Betheiligten abzusprechen, wenn das Gesetz noch etwas zu seinem Vortheil hinzugefügt hat?

Der Wortlaut ergibt sonach das Resultat:

daß der Artikel 1328 gesetzliche Vermuthungen aufstelle —

keineswegs aber auch das weitere,

daß er andere Beweisführung verbanne.

Das nämliche Resultat ergibt sich endlich auch aus der Anwendung der oben ausgesprochenen Regel für die Auslegung. Das bedarf wohl keiner Ausführung. Das allgemeine Gesetz über den Beweis muß bei der Auslegung eines zweifelhaften Einzelgesetzes möglich in Kraft erhalten werden. Ebendeshalb muß auch der Art. 1410 ganz ebenso verstanden werden, wie der Art. 1328 — in unserm Gesetz ist noch besonders darauf verwiesen.

Abgesehen von Allem, läßt sich auch gar kein vernünftiger Grund einsehen, weshalb das Gesetz dem Richter bei dem Datum die Augen verschließen sollte, weshalb er hier die Wahrheit, wenn sie sich bietet nicht ebensogut sollte berathen dürfen, wie in andern Fällen. Daß der Gesetzgeber keine andere Vermuthungen als gesetzliche gelten läßt, als die angeführten, läßt sich billigen, weil bei allen andern die Einzelheit des Falles entscheiden muß, über welche man also nicht in Kürze gesetzlich verordnen kann; das Verbot jeder Beweisführung aber, wäre eine unvernünftige Härte. Aus dieser Ueberzeugung ist auch die allerdings unhaltbare Ansicht hervorgegangen, daß die Fälle, welche der Artikel aufzählt, beispielsweise zu nehmen seien, während doch die Natur einer gesetzlichen Vermuthung dies geradezu untersagen würde.

Der Umstand, daß auch Thatsachen, welche Beweise sind, hier als Vermuthungen behandelt werden, kann nicht befremden, denn sie würden wenigstens zum Theil einen vollkommenen Beweis an sich nicht bieten.

Der Beweis des Datums kann also wie der Beweis einer andern Thatsache geführt werden. Der Gegner kann, freiwillig, oder durch den Eid gezwungen, gestehen; und auch durch eine Privaturkunde kann der Beweis ganz geführt, oder wenigstens die Ergänzung durch Zeugen und gemeine Vermuthungen möglich gemacht werden.

Bei Sachen, im Werth von weniger als 150 Franks, kann das Datum auch ganz allein durch Zeugen und gemeine Vermuthungen geführt werden; auch wäre es unvernünftig, bei solchen Sachen über die ganze thatsächliche Grundlage eines Anspruchs den Zeugenbeweis zu gestatten, dagegen ihn bei dem Beweis des Datums der darüber sprechenden Urkunde zu verbieten.

Es frägt sich aber, wie es bei den Sachen von einem Werth über 150 Franks zu halten sei? Die Gegner Toulliers gestatten den Zeugenbeweis (also wohl auch den durch gemeine Vermuthungen) „weil die Urkunde der Anfang eines schriftlichen Beweises sei," allein offenbar ist dieser Grund unrichtig. Der Art. 1328 unterscheidet nicht, sondern versagt unbedingt das Datum; will man sich überhaupt an ihn halten, so hat also die Urkunde kein Datum, damit sie aber als Anfang eines Beweises dienen könnte, müßte sie darthun, daß sie dennoch ein Datum habe, denn nur wenn sie ein Datum hat, könnte sie die Vorfrage entscheiden, ob derjenige, welcher sie unterzeichnet hat, zu der Zeit, da er sie unterzeichnete, beurkunden konnte.

Allein es scheint mir, als ob man sich ohne Grund bemühe, den Fall unter eine Ausnahme zu zwängen, da er wohl schwerlich unter der Regel steht.

Der Art. 1341 spricht nur von Rechtsgeschäften — nicht aber von Vorgängen, oder Verhältnissen als solchen, wenn auch daraus Rechte entstehen, oder davon abhängen können. Dies ergibt sich daraus, daß Privaturkunden den öffentlichen im Artikel ganz gleichstellt sind, daß Privaturkunden nur über Rechtsgeschäfte errichtet werden können, daß als äußerste Grenze das dépot volontaire angeführt ist, und vor allen aus seiner Geschichte.

Seine Quellen sind nämlich nach und nach der Art. 45 der Ordonnance de Moulins von 1566 — der Artikel 19 des Edit perpetuel von 1611 und Art. 2 und folgende des 20. Titels der Ordonnance von 1667. — Der letzte Art. 2 ist fast buchstäblich in den Code civil übergegangen. In allen diesen Gesetzen ist überall nur von conventions, contrats und dispositions die Rede — also von Rechtsgeschäften. Der Gesetzgeber aber wollte nichts Anderes, als diese Bestimmungen wiederholen. Der Umstand, daß im Art. 1348 unter Nr. 1 eine Ausnahme gemacht ist, welche durch den Satz exceptio firmat regulam, zu einem andern Ergebniß führen würde, kann bei der Entschiedenheit der Regel als eine bloße Vermuthung um so weniger hieran ändern, als die Nr. 4 dieses Satzes zeigt, daß man bei der Redaction desselben nicht sehr sorgfältig war — denn sie müßte sonst einen besondern Artikel bilden.

Der Ort und die Zeit nun, an welchen ein Rechtsgeschäft vor sich ging, gehören so wenig zum Rechtsgeschäft, als andere Umstände, z. B. Alter, gehörige Beschaffenheit des Willens, wenn auch von ihnen der Bestand des Rechtsgeschäfts abhängen kann. Sie sind ein Verhältniß des Rechtsgeschäfts, aber nicht es selbst. Wenn nun nur verboten ist, ein Rechtsgeschäft durch Zeugen zu erweisen, so ist damit nicht verboten, ein Verhältniß desselben — die Zeit desselben durch Zeugen zu erweisen. Dieser Beweis, und also auch der Beweis durch gemeine Vermuthungen, muß daher gestattet werden. *)

Dieser Meinung ist auch Merlin (Repertoire XXIV p. 443/44, Edit. Tarlier) indem er sich auf einen ältern Schriftsteller, Danty, bezieht, welcher sagt:

> Quand l'ordonnance (von 1667) defend la preuve ... elle n'a entendu parler que des conventions ..... Mais à l'égard de la date de l'acte ce n'est point une convention ..... ne s'agissant que de vérifier la date — *ce qui est un simple fait* — la preuve par temoins en doit être reçue, —

er fügt zwar noch bei:

> le contrat tel qu'il est, tenant lieu en quelque sorte en ce cas du commencement de preuve par écrit; —

allein offenbar unpassend, und nur vergleichungsweise, denn die Existenz des contrat soll kein commencement de preuve etc. sein, sondern nur ebensoviel bewirken in Beziehung auf die Zulässigkeit des Zeugenbeweises. Da in unserm Landrecht der Art. 1341 ausdrücklich das Rechtsgeschäft als seinen Gegenstand bezeichnet — und da in dem Art. 1328 vollends auch noch, und gewiß mit Recht, die beschränkende Ausdrucksweise des entsprechenden Artikels des Code civil vermieden wurde, damit aber nicht blos jener zweifelhafte Ausdruck beseitigt, sondern ebendadurch auch klar ausgedrückt ist, daß unser Gesetzgeber wirklich beabsichtigt habe, den Beweis des Datums in anderer gewöhnlicher Weise erlauben zu wollen, so kann wenigstens für Baden das Ergebniß dieser Ausführung nicht bestritten werden.

Abgesehen von den sehr triftigen Gründen, welche auch den französischen Gesetzgeber bestimmen mußten, den Beweis nicht zu verbieten, lag für unsern Gesetzgeber noch der weitere Grund vor, daß bei uns das Enregistrement, nicht besteht, und wohl auch die inzwischen gefühlte Härte einer andern Deutung.

Ist aber dies das Ergebniß unserer gesetzlichen Bestimmungen, dann genügt auch im Ganzen unser Gesetz, obwohl eine sorgfältigere, mehr ins Einzelne gehende Berücksichtigung der möglichen Fälle sicher auch noch die beiden oben unter 2 und 3 ausgesprochene Sätze gesetzlich bestätigt haben würde.

Hat also z. B. A eine Forderung an B gehabt, dieser sie bezahlt und Quittung erhalten, A aber dennoch später die Forderung an C abgetreten — so wird B, wenn ihm die Abtretung eröffnet wird, sogleich seine Quittung dem Notar vorlegen, sich auch von ihm ihr Dasein und den wesentlichen Inhalt in der Eröffnungsurkunde bescheinigen lassen — dann hat C, was er nach L. R. S. 1328 braucht, weil Besitz und Datum der Urkunde in einen Augenblick zusammenfallen. Hätte er aber die Urkunde nicht bei der Hand, so wird er wenigstens in der Eröffnungsurkunde ihr Dasein und ihren Inhalt erwähnen; dann steht ihm wenigstens eine Vermuthung zur Seite — eine andere Vermuthung tritt hinzu, welche aus Dem, was vorausgegangen ist, erwächst; der neue Gläubiger hat vor der Abtretung entweder angefragt, oder

*) Im Gebiet der Handelssachen gestattet ihn die französische Praxis, weil der Art. 1341 hier nicht gilt, und der 7. Titel des I. Buchs des Code de comm. den Zeugenbeweis ausdrücklich zuläßt. S. A. S. 109. D. E.

nicht; im letztern Fall vermuthet gewiß jeder Vernünftige bis zum Beweis des Gegentheils Dolus — hat aber der neue Gläubiger angefragt, so hat er auch die gebührende Antwort erhalten, und wenn er nun dennoch kaufte &c., so erwächst jene Vermuthung daraus. Abgesehen davon, kann der Schuldner den früheren Gläubiger — nach vorgängiger Bezeichnung als verdächtigen §. 520 der Proceßordnug — als Zeugen abhören lassen, und es wird dann, wenn auch nur halb soviel Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, gewiß kein verständiger Richter anstehen, dem angeblichen Schuldner einen Ergänzungseid zuzuerkennen.

Ein ähnliches Verhältniß tritt auch beim Bevollmächtiger ein. Der kluge Dritte macht kein Geschäft ohne Auslieferung der Vollmacht — jedenfalls dauert aber die Vollmacht bis zu Eröffnung des Widerrufs — so lange dauert auch das Beurkundungsrecht des Bevollmächtigten, und der Dritte hat also beim Widerruf der Vollmacht immer noch Zeit, das bereits Geschehene festzustellen, oder wenigstens sich Vermuthungen zu begründen.

Ueber den Fall, wo gar keine Urkunde ausgestellt wäre, mögen noch ein paar Worte gestattet sein. Wer so sehr traut, daß er sich keine Urkunde auswirkt, der möge „sein Vertrauen dort suchen, wo er es gelassen hat" — ein Dritter kann darunter nicht leiden. In den meisten Fällen wird aber die Sache so geeignet seyn, daß Zeugen- und Vermuthungsbeweise zulässig sind, entweder wegen Geringfügigkeit des Gegenstandes — in welchem Fall man hauptsächlich von Beurkundung absieht — oder wegen Anfang eines Beweises.

Den Vormann darf er als Zeuge abhören lassen, der aber immerhin verdächtig ist; nicht sowohl deshalb, weil er mittelbar betheiligt ist — denn seine Betheiligung ist in dieser Beziehung nach beiden Seiten ganz gleich — sondern weil er jedenfalls eben doch meistens widerrechtlich gehandelt hat (Nr. 5. §. 509 der Proceßordnung). Weil aber dieser Verdachtsgrund kein sehr erheblicher ist, so wird er dem (beeidigten) Zeugen nicht viel an seiner Glaubwürdigkeit nehmen. Man höre ihn also; aber man nehme seine eidliche Aussage für das, was sie ist, für das Zeugniß eines nicht ganz glaubwürdigen Zeugen.

Derjenige, welchem ein Eid zugeschoben oder zurückgeschoben ist, hat zwar das Recht, diejenige Person, welcher für sie gehandelt hat, und einen Wahrheitseid schwören kann, während sie nur einen Glaubenseid leisten würde, sich durch diese Person beim Eid vertreten zu lassen — allein daraus kann nicht umgekehrt und weiter geschlossen werden, daß der Gegner diese Person beiladen, und er ihr den Eid mit der Wirkung zuschieben könne, daß eine Verweigerung desselben nun als Geständniß gelte. Man kann Dritten durch seinen Eid nützen — schaden kann man ihnen aber nicht, wie das auf's Klarste im L. R. S. 1365 gesagt ist, auch für die Proceßordnung aus dem §. 615 und 567 (in Verbindung mit den §§. 116 und 96, was die Beiladung betrifft) sich ergibt, und allein mit dem allgemein anerkannten und nothwendig anzuerkennenden ausschließlichen Verfügungsrecht des Einzelnen über sein Vermögen — dem Zweck und der Grundlage des Civilrechts — im Einklang steht.

Der Satz 572 der Proceßordnung ist hiernach zu erklären, so gut es eben geht; da er nur von Zuschiebung spricht, so sagt er nichts von Annehmen, Zurückschieben, Gewissensvertretung oder Verweigern — und es muß also angenommen werden, daß der Gesetzgeber voraussetzte, der Gegner des Zuschiebenden habe bereits diesen als den hergestellt, dem nöthigenfalls der Eid zuzuschieben sey.

Dann ist der Artikel freilich überflüssig — aber wie viele sind nicht überflüssig, und mit der Ueberzeugung, daß sie überflüssig sind (vgl. Bericht der Gesetzgebungs-Commission an Se. Königliche Hoheit) aufgenommen worden? Drei Viertheile der Proceßordnung sind überflüssig.

Oder will man diesem Paragraphen die aus der Natur der Sachen sich ergebende Grundregel des §. 96, welche auch auf diesen Fall nach §§. 104, 105, 116 vom Gesetz bezogen ist — will man ihm sogar die Vernunft, alle civilistischen Grundsätze aufopfern, um ihm einen Bereich über seinen Wortlaut hinaus, **künstlich** zu schaffen?!

Daß der §. 118 ein höchst unschuldiger — rein die Mechanik der Procedur bezielender Artikel sei, ergibt sich aus seinem Inhalt und seiner Kürze. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, jenes monstrum horrendum cui lumen

ademtum — genannt Adcitation — als ein **materielles** Rechtsinstitut, mit all' seinen Einzelheiten aus dem gemeinen Recht herüberzunehmen, so wäre dies nach der Weise des Gesetzes gewiß nicht in einem magern Artikel abgefertigt worden.

Aus dieser Art ist klar, daß sie der Gesetzgeber nur **formell** hier behandelt, daß also auch seine Absicht durchaus nicht war, und nach seiner Aufgabe sein konnte, mit einem unverständlichen Satz, bestehende oder nichtbestehende materielle Bestimmungen zu regeln. Er that, was er klugerweise thun mußte, was er auch bei der Principalintervention that, und was andere Gesetzgeber bei ihren Bestimmungen von Proceßformen gleichfalls gethan haben; er ließ nämlich die Frage vorerst materiell ganz dahin gestellt, ganz so streitig, wie er sie vorfand, und bestellte nur eine Form für den Fall, daß sie nöthig wäre.

Wenn nun hieraus irgend etwas geschlossen werden soll, so zeigt dies viel eher, daß der Gesetzgeber selbst an einem weiteren Gehalt der Form, als dem ihr ausdrücklich zugewiesenen, zweifeln mochte, als das Gegentheil. Meinte er aber auch etwas Anderes, so ist dieß eben deshalb nur eine Meinung, kein Gesetz.

Wollte man schließen, daß, weil die Form da sei, sie auch absolut nöthig sei, so müßte man auch aus der Principalintervention schließen, daß damit der L. R. S. 1351 seine Kraft verloren habe.

So verfuhr z. B. auch der französische Proceßgesetzgeber, indem er die Form der tierce-opposition aufstellte, die zwar nützlich ist, weil sie gegen künftige Processe sichert, aber durchaus nicht nothwendig bestehen müßte.

Uebrigens zeigt der Ausdruck des §. 118 auf's Klarste, daß schon die Streitverkündung in Verbindung mit der Verfügung des Richters darauf eine Beiladung ist, und daß wenigstens in dieser Beziehung die Sache schon durch die §§. 112—117 — besonders aber durch den §. 116 geregelt ist. Bei dieser allseitigen, genügenden und vernünftigen Regel, besonders des §. 96 muß es sein Bewenden haben; man wollte denn dem Gesetzgeber das Compliment machen, daß er, je nachdem man die Sache nenne, diese Regel nicht nur aufgebe, sondern auch die ersten und anerkanntesten Rechtsgrundsätze über den Haufen geworfen habe. Ueberdies zeigt der §. 611, daß es wenigstens eine Handlung der im §. 118 bezeichneten Art gebe, daß also der Artikel schon eine Bedeutung habe, und man sonach nicht zu civilistischen Verrenkungen gezwungen sei, um ihm erst einen Inhalt zuzuweisen.

Keller. *)

II.

1) Kann in Ehrenkränkungssachen der Ankläger auf den Strafvollzug verzichten?

2) Kann der Staatsanwalt auch in solchen Ehrenkränkungsfällen, wo er nicht als Ankläger aufgetreten ist, den Rekurs ergreifen?

Die verehrliche Redaktion hat zwei in dem ersten Aufsatze der Nr. 17 der Annalen ausgesprochene Ansichten in ihren Noten * auf S. 117 und 118 bekämpft. Die eine (in der Note * zu dem Aufsatze) wurde zwar zunächst nur als die Ansicht des Einsenders mitgetheilt, sie ward übrigens zugleich auch vom Kollegium (Oberh. I. S.) getheilt, obschon sie im Erkenntnisse und den Gründen nicht förmlich ausgesprochen worden ist; die andere (S. 118) ist der (einstimmige) Ausspruch des Kollegiums. Ich vermochte mich in beiderlei Beziehungen von der Unrichtigkeit dieser Ansichten auch bei nochmaliger reiflicher Erwägung der Gründe für und gegen nicht zu überzeugen, und finde mich deshalb veranlaßt, zur Vertheidigung der bestrittenen Behauptungen und denselben unterliegenden Grundsätze noch Folgendes anzuführen.

In der ersten Note (S. 117) findet die Redaktion die Widerlegung der diesseitigen Ansicht, daß nämlich nach (dermaligem) Gesetz und Praxis auch in Injuriensachen die rechtskräftig gewordenen Erkenntnisse von Amtswegen zu vollziehen seien, — darin, daß das Gesetz (über Ehrenkr.) die Injurien nur auf Klage des Beleidigten verfolgen und bestrafen lasse, worin die Anerkennung der rein privatrechtlichen Natur der Injurienstrafen liege. Dieser Schluß scheint nun nicht richtig zu sein; nicht allein kann sich dafür auf kein (bestehendes) Gesetz berufen werden, sondern es steht ihm dieses und

*) Jetzt Hofgerichtsrath in Constanz.

die Autorität der höchsten Staatsbehörden geradezu entgegen. Es ist ein unbestrittener Grundsatz, daß Ausnahmsgesetze streng zu interpretiren sind, und überall, wo nicht ausdrücklich etwas Besonderes festgesetzt ist, die allgemeinen Regeln (Gesetze) zur Anwendung kommen. Dies auf das Strafverfahren angewendet, bildet der Untersuchungsproceß bei uns die Regel; das Ehrenkränkungsgesetz verhält sich zu demselben, wie die Ausnahme. Hieraus folgt, daß, soweit das Ehrenkränkungsgesetz vom 28. Dezember 1831 mit der Instruktivverordnung vom 17. Februar 1832 (Regierungsblatt Nr. X.) nicht ausdrücklich ein besonderes Verfahren vorschreibt, nach dem allgemeinen Strafproceß zu verfahren ist; und insofern die Behandlung der Ehrenkränkungssachen durch den Grundsatz, daß nur auf Antrag des Beleidigten gerichtlich eingeschritten werden soll, mit dem in das Strafedikt (in §. 8) aufgenommenen Beschuldigungsproceß im Princip übereinstimmt, so ist es ganz natürlich, daß bei der Anwendung, soweit die wenigen das Verfahren betreffenden Vorschriften des Injuriengesetzes nicht ausreichen, zunächst auf die Normen des Beschuldigungsprocesses, und soweit aber diese nicht Maß geben, auf die allgemeinen Grundsätze des Untersuchungsprocesses zurückgegangen werden muß. Denn daß das Gesetz über Ehrenkränkungen sammt der Instruktivverordnung kein in sich, und zwar namentlich auch in Beziehung auf das Verfahren abgeschlossenes Gesetz bilde, bedarf keiner Ausführung; solches zu behaupten, ist auch noch Niemand im Ernste eingefallen; davon ist die tägliche unbestrittene Anwendung der einzelnen Bestimmungen des allgemeinen Rekursgesetzes vom Jahr 1837 der schlagendste Beweis. *)

Von diesen aus der einfachsten Betrachtungsweise sich ergebenden Grundsätzen sind auch, als sich alsbald nach Einführung des Gesetzes über Ehrenkränkungen bei der Anwendung Zweifel hinsichtlich des einzuhaltenden Verfahrens erhoben, und das Bedürfniß der Sicherung einer festen Rechtsanwendung erzeugten, das Großherzogliche Staatsministerium und das Großherzogliche Justizministerium bei ihren im I. Bande der oberhofgerichtlichen Jahrbücher N. F. mitgetheilten Erlassen ausgegangen, und der oberste Gerichtshof, der vorher theilweis anderer Meinung gewesen war, adoptirte sofort in dem auf S. 258 enthaltenen Publikandum dieselbe Ansicht in dem Satze:

„1) In Klagsachen wegen Ehrenkränkungen, die nicht durch die Presse verübt werden, soll das in §. 8 des achten Organisationsedikts von 1803 vorgeschriebene Verfahren des Beschuldigungsprocesses stattfinden, soweit nicht das Gesetz über Ehrenkränkungen vom 28. Dezember 1831 oder die Instruktivverordnung vom 17. Februar 1832 eine Aenderung vorschreibt."

In dem vorangeschickten Erlasse des Großherzoglichen Staatsministeriums vom 31. Juli 1833 an das Großherzogliche Justizministerium ist (S. 256) namentlich gesagt: „Während also bei einfachen Injurien das gewöhnliche Strafverfahren (unter den in der Verordnung vom 17. Februar 1832 enthaltenen Modifikationen) fortbestehe, behalte es nicht minder bei Injurien, die durch die Presse begangen würden, bei dem Verfahren des Preßgesetzes, insofern es nicht durch die Verordnung vom 28. Juli 1832 abgeändert worden, sein Bewenden." Da nun aber in den speziellen Gesetzesbestimmungen über den Vollzug der Urtheile in Injuriensachen nichts Abweichendes festgesetzt ist, so bleibt es diesfalls bei der Regel, d. i. der Vollziehung von Amtswegen und ohne Rücksicht auf die Anträge des Anklägers *). — Auch vor dem Gesetz über Ehrenkränkungen von 1831 war es so. Auch damals wurden Ehrenkränkungen und Verleumdungen ohne Antrag oder Anzeige des Beleidigten nicht untersucht; und dennoch hatte Niemand die Ansicht, daß die nur auf Antrag ausgesprochenen Strafen darum so sehr Privatsache geworden seien, daß der Vollzug oder Nichtvollzug der Straferkenntnisse lediglich von dem

*) Daß das Gesetz vom 3. August 1837, welches nur die im öffentlichen Interesse von Amtswegen zu untersuchenden und zu bestrafenden Verbrechen im Auge hat, auf Ehrenkränkungssachen keine Anwendung findet, ist eine längst ausgemachte Sache. D. R.

*) Im §. 8 des Strafedikts ist nur von dem Verfahren bis zum Urtheile, aber überall nicht von der Vollstreckung des Letzteren die Rede. Es kann daher aus der nirgends bestrittenen Voraussetzung, daß in Ehrenkränkungssachen nach Art des Beschuldigungsprocesses verhandelt werden soll, nicht das Mindeste für die gegentheilige Ansicht abgeleitet werden. D. R.

Willen und Antrag des Beleidigten abhängig gewesen wäre; vielmehr wurde allerwärts das Straferkenntniß, sobald es rechtskräftig war, ohne Zuthun des Anklägers von Amtswegen vollzogen und dem Ankläger keine andere Einwirkung auf den Vollzug gestattet *), als etwa die, daß eine Begnadigungsbitte bei der Zustimmung des Beleidigten eher Berücksichtigung zu finden hoffen konnte.

In höherem Grade sind auch durch das neue Gesetz vom Jahr 1831 über Ehrenkränkungen diese und die deßfallsigen Straferkenntnisse nirgends zur Privatsache erklärt worden.

Diese Auffassung der Sache schwebte sogar unserer Gesetzgebung noch bei der Abfassung des neuen Strafgesetzes vor. Der Entwurf der Regierung wollte die Zurücknahme der Anklage dem Ankläger nur so lange gestatten, als nicht ein verurtheilendes Erkenntniß erfolgt und in Rechtskraft übergegangen ist. Die Motive der Regierung sagen zur Rechtfertigung Folgendes (ad §§. 287 und 288):

„So lange nicht durch rechtskräftiges Erkenntniß in rechtliche Gewißheit gesetzt ist, daß Jemand eine öffentliche Strafe verschuldet habe, mag man es dem durch das Vergehen unmittelbar verletzten Theile, dessen Interesse man durch die Forderung einer Anklage höher, als das des Staats anschlägt, überlassen, das Begehren einer Verurtheilung auch wieder zurückzunehmen. Sobald aber durch rechtskräftiges Erkenntniß die Schuld des Angeklagten und die nach den Gesetzen ihn treffende öffentliche Strafe festgestellt ist, es sich also nicht mehr um die gerichtliche Verfolgung, sondern um die Frage handelt: ob eine rechtskräftig erkannte öffentliche Strafe wieder aufzuheben (oder nicht zu vollziehen) sei, kann der die Wiederaufhebung einer solchen Strafe beschließende Akt der Gnade nicht mehr dem beleidigten Privaten einseitig zukommen; wohl aber soll die Begnadigung wegen des konkurrirenden Interesse, welches der Beleidiger an der wirklichen Bestrafung des Beleidigers hat, nur auf des Erstern Antrag erfolgen."

Dies ist ganz die Grundansicht, wie sie der noch bestehenden Gesetzgebung unterliegt.

Der so motivirte Paragraph des Regierungsentwurfs wurde nach den mancherlei Phasen, welche dieser Gesetzentwurf bekanntlich durchlaufen mußte, auch wirklich zum Gesetz erhoben, und bildet den nunmehrigen §. 322 desselben. Bei Verfassung der Strafproceßordnung scheint sich freilich die Ansicht der Gesetzgebung in diesem Punkte geändert zu haben. Denn der Entwurf enthält im §. 312 die Anordnung, daß in den Fällen, wo das Strafverfahren bloß auf Antrag des Verletzten eintritt, auch nur auf dessen Antrag das Strafurtheil vollzogen werden soll. Die zweite Kammer nahm diesen Paragraphen unverändert an. Die erste Kammer änderte denselben, mehr dem Grundsatze des bisherigen Gesetzes sich annähernd, dahin, daß der Vollzug (von Amtswegen) nur dann unterbleiben solle, wenn der Beleidigte binnen vier Wochen darauf verzichte. Die zweite Kammer trat dieser Abänderung bei (Commissionsbericht der zweiten Kammer zu §. 312), und so wurde der Paragraph (als §. 343) in seiner jetzigen Fassung in das Gesetz aufgenommen, womit wir nun die allerdings sonderbare Erscheinung vor uns haben, daß zwei Gesetze, welche gleichzeitig in Wirksamkeit zu treten bestimmt sind, über einen und denselben Fall ganz Verschiedenes verfügen, das eine erlaubt, was das andere verbietet. Denn der Verzicht auf den Vollzug eines rechtskräftigen Erkenntnisses ist der Sache nach offenbar nichts anderes, als die Zurücknahme der Anklage nach dem rechtskräftig gewordenen Erkenntniß; diese Zurücknahme kann nach rechtskräftigem Erkenntniß anders nicht mehr geschehen, als durch den Verzicht auf den Vollzug. — Kehren wir jedoch auf den Boden des bestehenden Gesetzes zurück, dessen Auslegung aus dem neuen Gesetz jedenfalls unzulässig wäre, so beruht, um das Gesagte kurz zusammenzufassen, unsere erste Behauptung bei der Unbestreitbarkeit der Prämissen mit der Sicherheit eines Rechnungsexempels auf folgender Argumentation:

In (einfachen) Ehrenkränkungssachen findet das Verfahren des Beschuldigungsprocesses Statt, sofern in dem Gesetz über Ehrenkränkung und der dasselbe ergänzenden Instruktivverordnung vom 17. Februar 1832 nichts Abweichendes bestimmt ist, und der Beschuldigungsproceß folgt den Regeln des Untersuchungsprocesses, insofern der §. 8 des Strafedikts nichts Besonderes festsetzt.

(Schluß folgt.)

*) Auf dieses Argument möchte um so weniger Gewicht zu legen sein, als vor dem 1. Februar 1832 die Injurien polizeilich behandelt wurden. Welche Ansichten in der Periode vor 1832 über unsere Streitfrage geherrscht haben mögen, ist dießseits nicht bekannt. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe, den 28. August 1847.

I.

1) Kann in Ehrenkränkungssachen der Ankläger auf den Strafvollzug verzichten?

2) Kann der Staatsanwalt auch in solchen Ehrenkränkungsfällen, wo er nicht als Ankläger aufgetreten ist, den Rekurs ergreifen?

(Schluß.)

Nun ist aber weder im Gesetz über Ehrenkränkungen sammt der Instruktivverordnung, noch im §. 8 des Strafedikts hinsichtlich des Beschuldigungsprocesses über den Vollzug der Straferkenntnisse etwas Besonderes festgesetzt.

Folglich tritt auch in Ehrenkränkungssachen der Vollzug, wie in dem Untersuchungsproceß überhaupt, d. i. von Amtswegen, ein. *)

Die zweite Frage ist die: ob der Staatsanwalt gegen die hofgerichtliche Entscheidung, daß das Gesuch des verurtheilten Angeklagten um Vollzug des Erkenntnisses (das gegen den Angeklagten als Grundherrn in erster Instanz ergangen war) nicht stattfinde, weil in Ehrenkränkungssachen der Strafvollzug nur auf Antrag des Anklägers unzulässig sei ꝛc. — zu rekurriren berechtigt gewesen wäre. Die Richtigkeit der bejahenden oberhofgerichtlichen Entscheidung wird von der Redaktion aus dem Grunde in Zweifel gezogen, weil in solchen Ehrenkränkungssachen, in welchen Privatkläger aufgetreten sind, dem Staatsanwalt überall kein Rechtsmittel eingeräumt sei, und nur die Parteien selbst in dergleichen Fällen den höhern Richter angehen können. — Es dürfte sich jedoch die Richtigkeit dieses Widerspruchs, dem eine eigentliche Begründung nicht beigefügt ist, aus folgenden Gründen bezweifeln lassen:

Der §. 7 des allgemeinen Rekursgesetzes in gerichtlichen Strafsachen (Regierungsblatt von 1837 Nr. 25) bestimmt ganz allgemein, „daß der Staatsanwalt, wenn er die Gesetzmäßigkeit eines in Strafsachen ergangenen hofgerichtlichen Erkenntnisses bezweifelt, hiergegen den Rekurs an das Oberhofgericht ergreifen könne, sei es zum Vortheil oder zum Nachtheil des Angeschuldigten". — also im Interesse des Staates und der richtigen Anwendung des Gesetzes. Da nun aber die Ehrenkränkungssachen unzweifelhaft zu den gerichtlichen Strafsachen gehören, so ergibt sich der Schluß von selbst, wofern sich keine Ausnahme aus dem Ehrenkränkungsgesetze selbst nachweisen läßt. Dieß scheint mir aber nicht der Fall zu sein. Nur die §§. 12 und 14 dieses Gesetzes enthalten Bestimmungen über das Verfahren. Der erste Paragraph spricht bloß von den Fällen, wo der Staatsanwalt Klage erheben kann; daß aber das Rekursrecht des Staatsanwalts nicht durch sein Recht, Klage zu erheben, bedingt, und auf Fälle dieser Art nicht beschränkt sei, bedarf wohl keines weitern Beweises; es ist dieses weder in dem Gesetz über Ehrenkränkungen, noch in einem andern Gesetze gesagt. Der §. 14 sagt zwar nur, daß jedem der beiden Theile gegen das Erkenntniß die Berufung an das Obergericht zustehe. Daraus, daß hier nicht ausdrücklich auch dem Staatsanwalt ein Rekursrecht eingeräumt ist, kann aber noch

*) Da im §. 12 des Gesetzes über Ehrenkränkungen ꝛc. das civilproceßrechtliche Princip „judex ex officio non procedit" adoptirt ist, so folgt daraus von selbst, daß die Strafe nur auf Verlangen des Anklägers vollzogen werden darf; weil in dieser Hinsicht — unbeschadet der Formen des Verfahrens vor Verkündung des Urtheils — die Vorschriften des bürgerlichen Processes analog zur Anwendung kommen D. R.

nicht gefolgert werden, daß ihm ein solches überall nicht zustehe. Das Ehrenkränkungsgesetz hat überhaupt über das Rekursrecht des Staatsanwalts nichts bestimmt; wollte man also aus dem Stillschweigen hierfalls negative Folgerungen ziehen, so käme man zu dem gewiß unrichtigen Ergebniß, daß dem Staatsanwalt gar kein Rekursrecht zustehe *), also nicht einmal in den Fällen, in welchen er für den Beleidigten — vereint mit ihm oder allein — geklagt hat. Dagegen findet sich das Recht des Rekurses, sowohl für den Staatsanwalt als für die Privaten, an einem andern Orte normirt, in dem Rekursgesetze vom 3. August 1837, dessen wesentliche Bestimmung es gerade ist, das Rekursverfahren zu regeln. Das Rekursgesetz ist also bezüglich auf das Gesetz über Ehrenkränkungen ergänzender Natur **), da letzteres nicht als ein vollständiges, in sich abgeschlossenes Gesetz, wie das Preßgesetz, und zwar gerade in Beziehung auf das Verfahren erscheint, dessen Normirung beinahe das ganze Preßgesetz (vom §. 43 an) gewidmet ist.

Spräche aber auch der Buchstabe des Gesetzes nicht so bestimmt für die in der oberhofgerichtlichen Entscheidung ausgesprochene Ansicht, so würde der Geist und die Absicht des Gesetzes, wie sie aus den landständischen Verhandlungen über das Rekursgesetz hervorgehen, jeden Zweifel beseitigen. Bei der Diskussion in der zweiten Kammer über die Stellung und den Wirkungskreis des Staatsanwalts nach dem neuen Gesetze wurde auf das von einem Abgeordneten erhobene Bedenken, daß dem Staatsanwalt im Entwurf der vorherrschende Charakter des Anklägers verliehen, und es darum dem Princip der Gleichheit der Parteirechte gemäß nöthig zu sein scheine, dem Angeklagten einen größern Schutz zu gewähren, vom Regierungskommissär entgegnet: Der Staatsanwalt erscheine nach der Intention des Entwurfs nicht als Gegner des Angeschuldigten, sondern nur als Wächter des Gesetzes. Verhandlungen der zweiten Kammer, 13te öffentliche Sitzung S. 228 des ersten Protokollhefts. Ganz damit übereinstimmend sprach sich bei derselben Verhandlung ein Abgeordneter aus, welcher als Mitglied des Justizministeriums und der Gesetzgebungskommission mit den Principien des Entwurfs der Regierung genau vertraut sein konnte (S. 220 eod.). Da die Kammern den §. (7) des Entwurfs unverändert annahmen, so muß das Gesetz hierin als auf die bezeichneten Grundsätze gebaut angesehen werden. Von den verschiedenen Attributen *) der aus Frankreich stammenden Staatsanwaltschaft ist demnach vorzugsweise jene der Ueberwachung und Sicherung der richtigen Gesetzanwendung im öffentlichen Interesse — oder „um im allgemeinen Interesse grellen Verletzungen der Gesetze zu begegnen", wie sich der letztgedachte Sprecher ausdrückte — unserm Strafrekursgesetze zu Grund gelegt. Wenn man nun auch gerne zugeben will, daß die Entscheidung, ob dem Kläger oder dem Angeklagten Recht zu geben sei, in einfachen Injuriensachen im Allgemeinen nur die Parteien selbst interessire, für den Staat selbst aber wenig oder gar kein Interesse darbiete, so kann doch nicht verkannt werden, daß der richterliche Ausspruch: daß die rechtskräftig erkannte Strafe nicht zu vollziehen sei, in hohem Grade von Interesse für den Staat ist, wie in der oben angeführten Stelle aus den Regierungsmotiven zum Strafgesetz so bündig gezeigt ist, daß ich darüber nichts weiter beizusetzen habe. Ob die Staatsanwälte bisher von diesem Rechte Gebrauch gemacht haben, und davon Gebrauch zu machen in der Lage gewesen seien, darauf kann es nicht ankommen.

*) So wird wohl Niemand schließen. Wenn der Staatsanwalt für wen immer klagend auftritt, so ist er Partei; da nun der §. 14 jedem der beiden Theile die Berufung an das Obergericht einräumt, so gestattet er dieses Rechtsmittel natürlich auch dem Staatsanwalt, welcher im §. 12 für gewisse Klassen von Personen als Ankläger aufgestellt ist. D. R.

**) Bei Abfassung des Gesetzes vom 3. August 1837, welches auch nur ein Bruchstück ist, hat Niemand daran gedacht, daß solches auf Ehrenkränkungen, worüber bereits ein Specialgesetz vorlag, Anwendung finden soll. Aus dem §. 7 desselben läßt sich für den Staatsanwalt die Befugniß, auch in Ehrenkränkungssachen der Privatpersonen zu rekurriren, um so weniger ableiten, als überhaupt das Gesetz von 1837 nur die von Amtswegen (d. h. ohne Anklage) zu verfolgenden Verbrechen und Vergehen im Auge hat, und als es mit Bezug darauf dem Staatsanwalt nur das Recht einräumt, gegen hofgerichtliche Urtheile erster Instanz zu rekurriren, während die meisten Ehrenkränkungssachen in erster Instanz bei den Aemtern vorkommen, und den Wirkungskreis des Staatsanwalts nicht berühren. D. R.

*) Vgl. hierüber meine Schrift über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit S. 252. §. 13.

Auch der Umstand, daß obiger Nachweisung zufolge für Injuriensachen das Verfahren des Beschuldigungsprocesses vorgeschrieben ist, spricht endlich für unsere Ansicht, da es nun als feststehender Grundsatz der Praxis zu betrachten ist, daß im Beschuldigungsproceß, den Strafpunkt betreffend, dem Staatsanwalte das Rekursrecht zukomme *). Mein ehrenwerther Freund und Kollege wird zwar hier mit umgekehrter Konsequenz argumentiren, und somit dieses Argument nicht anerkennen, da er beharrlich die Ansicht vertheidigt hat, daß im Beschuldigungsproceß nur dem Beschuldiger, nicht aber auch dem Staatsanwalt ein Rekurs gegen vermeintlich zu gering oder gar nicht strafende Erkenntnisse zustehe **). Allein der oberste Gerichtshof ***) beharrte ungeachtet der gegentheiligen Gründe auf seiner entgegengesetzten Ansicht, und seine überwiegenden Gründe †) haben, soviel mir bewußt, auch bei den andern Gerichtshöfen des Landes Anerkennung gefunden. ††) Zentner.

II.

Ausgeben falscher Münzen.

Art. 111 der peinlichen Gerichtsordnung; §. 47 des Strafedicts.

Wer Münzen, deren Falschheit er kennt, und deren redlichen Erwerb er nicht nachzuweisen (oder doch wahrscheinlich zu machen) vermag, in gewinnsüchtiger Absicht ausgibt, macht sich eines Betrugs schuldig.

Zum Thatbestand der Verpartierung falscher Münzen gehört das weitere wesentliche Merkmal, daß sie um Gewinns willen angeschafft worden sind.

Dieses Merkmal fehlt namentlich dann, wenn die falsche Münzen von dem Ausgeber gefunden oder ihm als werthlos geschenkt worden sind.

Der wegen verschiedener Vergehen schon in Untersuchung gezogene ledige Kellner Ph. Rüker von Wambach, Herzogl. Nassauischen Amts Langenschwalbach, kam wegen Verbreitung falscher Münzen in Untersuchung, welche folgendes Ergebniß lieferte:

1) Am 24. September 1846 Morgens vor 7 Uhr kaufte sich derselbe im Laden des Kaufmanns Fr. in M. Cigarren, welche er mit einem Fünffrankenthaler zahlte, den die Verkäuferin nicht annehmen wollte, weil sie ihn für falsch erkannte. Auf die Versicherung des Rüker, daß er Küfer bei Weinhändler S. sei, wo man ihn jede Minute habe könne, und daß er den Thaler von Wirth Gl. bekommen habe, gab ihm die Verkäuferin den nach Abzug des Kaufpreises erübrigenden Rest heraus; die Unwahrheit jener Versicherung des Rüker, sowie die Falschheit des von ihm ausgegebenen Thalers ergab sich jedoch alsbald. Rüker, welchen die Verkäuferin aus einem benachbarten Wirthshaus, in welches sie ihn hatte gehen sehen, durch ihre Dienerin rufen ließ, ging mit dieser bis unter die Thüre, entsprang aber von hier aus um die Straßenecke in den Schloßgarten.

2) Am Abend des 25. September 1846 fand sich Rüker in der Wirthschaft des Christian A. in Mannheim ein, wo er zur Zahlung seiner Zeche der Schwester des Wirths einen Fünffrankenthaler einhändigte, auf welchen, ohne denselben näher betrachtet zu haben, diese ihm hinausgab. Als jedoch Rüker gleich darauf einen weiteren Fünffrankenthaler gewechselt haben wollte, zeigte das Mädchen diesen nebst dem früher erhaltenen ihrer Schwägerin, welche sofort beide Münzen als falsch erkannte. Rüker, welcher nun das auf den erst ausgegebenen Thaler erhaltene Geld herausgeben sollte, nahm den einen Thaler zurück und entfernte sich mit Zurücklassung des andern schleunig.

3) Am 26. September trank Rüker in der Wirthschaft des Johann M. in Mannheim Bier, und gab zu dessen Zahlung dem Wirthe einen Fünffrankenthaler, den die-

*) Dieser Grundsatz steht neuerdings wieder auf sehr schwachen Füßen, und beweist in so fern zu viel, als hiernach dem Beleidigten keine Berufung an das Obergericht zustehen würde, die ihm doch der §. 12 des Gesetzes über Ehrenkränkungen ꝛc. ausdrücklich gestattet. D. R.

**) Annalen Jahrg. VIII. S. 222 und Jahrg. IX. S. 171.

***) S. dessen Entscheidung an den eben allegirten Orten der Annalen.

†) Vgl. auch Blätter für Justiz Bd. II. S. 408 und 409.

††) Dieß bedürfte der Bestätigung. Man vergl. übrigens Annalen XV. Jahrg. Nr. 1. S. 1—5. D. R.

ler sogleich für falsch erkannte. Er ließ nun den Rüser festhalten, und schickte, um ihn verhaften zu lassen, auf die Polizei; allein jener nahm die Gelegenheit wahr, zur Thüre hinaus und davon zu springen.

Die von ihm ausgegebenen Geldstücke sind nach dem Gutachten der Münzverwaltung mit Blei versetzte Zinngüsse und als Münzen ohne allen Werth.

Rüser (welcher alle Anschuldigungsthatsachen läugnete) wurde nun durch Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 12. März 1847 (I. Cr. Sen.) des in fortgesetzter That verübten **Betrugs** für schuldig erklärt, und deßhalb zu einer bürgerlichen Gefängnißstrafe von vier Wochen verurtheilt.

Man erwog nämlich, daß die Untersuchung einen Anhaltspunkt dafür, daß der Angeschuldigte in irgend einer Verbindung mit den Verfertigern der ausgegebenen Münzen stehe, überall nicht ergeben habe, daher von dem Verbrechen der Münzfälschung (§. 47 d. des Strafedikts) nicht die Rede sein könne — ebensowenig aber auch von dem Verbrechen der Verpartierung falscher Münzen, weil zum Thatbestand derselben nach §. 47 e. des Strafedikts erforderlich sei, daß die ausgegebene falsche Münze von dem Ausgeber **um Gewinnes willen angeschafft** worden sei, für welche Voraussetzung die Untersuchung gleichfalls nichts ergeben habe.

Dagegen gehe schon aus der Beschaffenheit der Münzen hervor, daß dem Angeschuldigten die Falschheit derselben nicht habe unbekannt bleiben können, und daß sie ihm bekannt gewesen sei, ergebe sich aus seinem Benehmen in der A.'schen Wirthschaft und in dem Fr.'schen Laden. In seinen Handlungen vereinigen sich hiernach die Merkmale des Betrugs.

Eine Minderheit von Stimmführern hatte sich bei der Berathung geneigt gezeigt, den Angeschuldigten der Verpartierung falscher Münze für schuldig zu erklären, da ihm nach seiner Persönlichkeit eine solche That zuzutrauen sei, und keine Spur einer Wahrscheinlichkeit des redlichen Erwerbs der von ihm verausgabten falschen Münzen sich ergeben habe; auch die Art und Weise der in fortgesetzter That von ihm bewerkstelligten und versuchten Verausgabung auf gewerbsmäßigen Betrieb derselben deute.

Dieselbe Ueberzeugung veranlaßte den Großherzoglichen Staatsanwalt zur Ergreifung des Recurses gegen das hofgerichtliche Erkenntniß; dieses wurde jedoch durch Urtheil des Großherzoglichen Oberhofgerichts vom 29. Mai l. J. Nr. 2474 und 2475. I. Crim. Sen. bestätigt.

Der höchste Gerichtshof hielt nämlich des Angeschuldigten Kenntniß der Falschheit der ausgegebenen Thaler und dessen Absicht, das dafür eingewechselte Geld zu gewinnen, auch für erwiesen, war aber auch der Ansicht, daß das Vorhandensein dieser Kenntniß und Absicht nicht bloß bei der Handlung des Ausgebens, sondern schon bei der Erwerbung der falschen Münzen als wesentliches Merkmal zum Thatbestand des peinlichen Verbrechens der Feilschaft oder Verpartierung falscher Münzen gehöre, welches in Art. 111 der peinlichen Gerichtsordnung mit dem Feuertod und in Art. 47 e. des Strafedikts mit 3—5jährigem Zuchthaus bedroht sei.

Zur Begründung dieser Ansicht wurde ausgeführt:

„Hierfür spricht die Fassung des §. 47 des Strafedikts, welcher vor dem wissentlichen und eigennützigen Ausgeben auch verlangt, daß der Ausgeber die falschen Münzen „um des Gewinnes willen sich angeschafft" habe, und aus der Hinweisung auf den Art. 111 der peinlichen Gerichtsordnung, welcher als solche mit dem Tode zu bestrafende Münzfälscher diejenigen anführt, welche falsche Münzen machen, zeichnen, oder dieselbige falsche Münz **aufwechseln oder sonst zu sich bringen**, und wiederum gefährlich und boshaftiglich, dem Nächsten zum Nachtheil, wissentlich ausgeben."

Wenn man auch diese Strafdrohung und somit den Begriff des peinlichen Verbrechens der Verpartierung falscher Münzen nicht mit den Lehrern des gemeinen Strafrechts mit Rücksicht auf die Reichsmünzordnung von 1559. §. 160. R. A. von 1566. §. 167. Münzedict von 1759. Nr. 4 gerade auf den Fall beschränkt, wenn der Auswechsler mit dem Auswechseln und Wiederausgeben falschen Geldes ein Gewerbe treibt (**Martin** §. 266; **Wächter** §. 184, Nr. 24; **Henke** Bd. III., S. 714), so muß man doch, um gegen den Ausgeber falscher Münzen eine der Strafe des Münzfälschers selbst nahe kommende mehrjährige Zuchthausstrafe zu erkennen, einen vollkommen überzeugenden Beweis der Anschuldigungsthatsache fordern, daß der Angeschuldigte schon bei Erlangung des Besitzes der falschen Münzen die verbrecherische Absicht hatte, sich durch das Ausgeben derselben einen Gewinn zu verschaffen, welcher Beweis jedoch

allerdings auch durch zusammentreffende Inzichten hergestellt werden kann.

Im vorliegenden Fall ist nun gegen den völlig läugnenden Angeschuldigten kein directer Beweis darüber geführt, wie er in den Besitz der ausgegebenen falschen Fünffrankenthaler gekommen ist, über welche Thatsache die Untersuchung auch nicht die mindeste unmittelbare Aufklärung geliefert hat, während die in der Untersuchung erhobenen und in der Rekursausführung des Großherzoglichen Staatsanwalts zusammengestellten Anzeigen zwar dringenden Verdacht, aber keine volle Ueberzeugung dafür begründen, daß der Angeschuldigte die fraglichen Münzen wirklich um Gewinnes willen sich angeschafft habe.

Für sein Schuldbewußtsein spricht zwar vor Allem, daß er selbst einen redlichen Erwerb dieser Münzen gar nicht behauptet, vielmehr das durch die Zeugenaussagen erwiesene Ausgeben, wie den Besitz derselben, offenbar der Wahrheit zuwider, völlig abläugnet. Allein eine solche Weise der Vertheidigung ist auch in dem Fall, wenn gleich nicht wahrscheinlich, doch immerhin denkbar, wenn der Ausgeber die Münzen in redlicher Absicht überkommen, und nur, um nicht in Schaden zu bleiben, wieder ausgegeben hat; denn auch dann ist seine Handlung strafbar, und insbesondere durch den Art. 47 des Strafedikts mit einer Polizeistrafe bedroht. Noch leichter ließe sich jenes Läugnen erklären, wenn der Angeschuldigte etwa, was doch möglich wäre, die Münzen gefunden oder als werthlos geschenkt erhalten, und ohne gerade einen durch das Ausgeben zu erlangenden Gewinn zu beabsichtigen, zu sich genommen, und erst später nach erworbenem Besitz zu dem Entschluß gekommen wäre, durch betrügerisches Ausgeben der Münzen einen Gewinn zu machen. Denn auch in diesem Falle wäre die nach dem Gesetz zum Thatbestand der Feilschaft falscher Münzen erforderliche Anschaffung um Gewinnes willen, der verbrecherische Vorsatz beim Erwerb der Münzen, nicht vorhanden, und dennoch die That als Betrug strafbar, ja selbst mit einer gerichtlichen Strafe, wie dieß in dem vorliegenden hofgerichtlichen Urtheil geschehen, zu ahnden, was für den Angeschuldigten ein hinreichender Grund zum völligen Läugnen der That sein könnte. Eine natürliche Folge dieser Vertheidigungsweise ist dann das Läugnen anderer erwiesener Thatumstände, insbesondere der Anwesenheit zur fraglichen Zeit in Mannheim und in den Häusern der Beschädigten.

Aus gleichem Grunde kann auch aus den weiter hervorgehobenen Anzeigungen ein sicherer Schluß auf die Wahrheit der zur vollen Ueberweisung noch fehlenden Anschuldigungsthatsache nicht gezogen werden. Die Zahl der ausgegebenen Thaler ist nur für 3 Stücke erwiesen. Diese Mehrzahl der ausgegebenen Thaler, in Verbindung mit den Vermögensverhältnissen des Angeschuldigten, macht zwar den Erwerb derselben durch eine empfangene Zahlung unwahrscheinlich, schließt aber die Möglichkeit einer andern zufälligen Besitzerlangung in der obengedachten Weise nicht aus, und das verdächtige Benehmen des Angeschuldigten beim Ausgeben der Münzen läßt mit Sicherheit nicht weiter schließen, als daß er bei dieser Handlung eine betrügerische Absicht hatte.

Der Leumund des Angeschuldigten spricht nach den vorliegenden Akten und Zeugnissen allerdings zu seinem Nachtheil, allein ein bestimmtes Vergehen, wornach man auch des jetzt in Frage stehenden peinlichen Verbrechens sich leicht zu ihm versehen könnte, liegt ihm erwiesen nicht zur Last. Denn die zu Köln und Frankfurt gegen ihn eingeleiteten Untersuchungen wegen Diebstahls und Fälschung mußten wegen Mangels an Indicien auf sich beruhen, und eine im Mai v. J. wegen versuchter Nothzucht und Beraubung einer in sittlicher Beziehung nicht im besten Rufe stehenden Weibsperson gegen ihn verhängte Untersuchung wurde von dem herzoglich nassauischen Hof- und Appellationsgericht zu Usingen gleichfalls für beruhend erklärt. Aus dieser allgemeinen Inzicht des schlimmen Rufs kann daher ein erheblicher Verdachtsgrund für die gewinnsüchtige Absicht bei der Anschaffung der falschen Münzen ebenfalls nicht entnommen werden.

Hiezu kommt, daß sich durch die Untersuchung nicht die entfernteste Spur dafür ergeben hat, daß der Angeschuldigte mit Falschmünzern in Verbindung gestanden habe, was zwar allerdings nach Art. 47 des Strafedikts zum Thatbestand der Verpartierung nicht erforderlich, aber bei der Herstellung eines künstlichen Beweises des gewinnsüchtigen Erwerbs ausgegebener falscher Münzen immerhin von entscheidendem Gewicht ist.

Mit Recht hat daher Großherzogliches Hofgericht in der That des Angeschuldigten, soweit sie vollkommen erwiesen vorliegt, nicht das Verbrechen der Feilschaft fal-

scher Münzen, sondern nur einen durch das Ausgeben derselben in fortgesetzter That verübten Betrug erkannt, zu dessen Thatbestand die gewinnsüchtige betrügerische Absicht bei der Handlung des Ausgebens schon genügt."

Stempf.

III.

Entscheidungen in Wechselsachen.

Unregelmäßiges Indossament.

Die Entscheidung des Großherzoglichen Oberhofgerichts vom 4. Februar 1847, welche Nr. 16 dieses Jahrgangs mitgetheilt ist, kann zu einigen nicht unerheblichen Bedenken Veranlassung geben. Aus der Erzählung des dort entschiedenen Rechtsfalls geht nämlich hervor, daß der Kläger, Zachmann, nicht sowohl als Indossatar, sondern als Remittent des Wechsels anzusehen ist, weil der Wechsel von Steimig an eigene Ordre gestellt, und sodann an den Kläger indossirt wurde. War dieses Indossament den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechend, so soll allerdings dadurch kein Uebertrag, sondern nur ein Einzugsauftrag bewirkt werden. Wo aber ein Wechsel an eigene Ordre gestellt, mithin der Wechselvertrag noch nicht abgeschlossen ist, da existirt noch keine Wechselforderung, welche übertragen werden könnte, sondern nur ein Auftrag von Seiten des Ausstellers an den Bezogenen, demjenigen, zu dessen Gunsten er verfügen wird, eine bestimmte Summe zu zahlen. Die vorbehaltene Verfügung wird durch das Indossament getroffen, und ist daher nur eine Vervollständigung des Wechsels. Pardessus Nr. 339. Von diesem Gesichtspunkt aus müßte daher ein solches Indossament nur dasjenige enthalten, was, wenn es im Wechsel selbst enthalten gewesen wäre, diesen vervollständigt hätte, mithin den Namen des Remittenten und die Art der Werthberichtigung. Dieß ist die Ansicht von *Dalloz* Jurisprudence du 19 siècle. v. Effets de commerce. Sect. 1. art. 1. §. 7. Nach der Behauptung dieses Schriftstellers soll auch das Handelsgericht von Paris stets so erkannt haben. Der Cassationshof hat jedoch in zwei Urtheilen vom 23. Juni 1817 und vom 14. November 1821 entschieden, daß, wenn einem solchen Indossament das Datum fehle, oder dieses nur durch die Worte „ut retro, ut supra" angezeigt sei, der Indossatar nur Bevollmächtigter des Ausstellers, nicht Eigenthümer der Wechselforderung sei. Dagegen hat derselbe Gerichtshof den 9. Februar 1814 erkannt, daß die Vollmacht sowohl berechtige, den Wechselbetrag bei dem Bezogenen einzuziehen, wie auch das Eigenthum der Wechselforderung an Dritte zu übertragen. Diese Ansicht ist seitdem von allen französischen und rheinischen Gerichten adoptirt worden. Vergl. Thilo ad art. 138 Nr. 13. Broicher und Grimm ad art. 138 Nr. 4. Da nun Zachmann den Wechsel weiter indossirt hatte, so sind die späteren Indossatare Eigenthümer des Wechsels geworden, und konnten daher gegen den Bezogenen, der acceptirt hatte, klagen. Wenn sie aber vorgezogen haben, den Rückgriff auf Zachmann zu nehmen, und dieser sie befriedigt hat, so trat er nach den Bestimmungen des Art. 1251 Nr. 3 in ihre Rechte, und konnte also gegen den Bezogenen die nämliche Klage anstellen, welche ihnen zugestanden hat. So hat der Cassationshof den 20. Februar 1843 (*Sirey* 1843. 1. 401) und die königlichen Gerichtshöfe von Bordeaux und Douai (*Sirey* 1842. 2. 274 —1843. 2. 407) entschieden. Dieß ist auch die Ansicht von *Merlin*, Questions de droit. v. Endossement §. 1. nr. 4. Die Klage des Zachmann gegen Stehle scheint mir daher zulässig und begründet.

Abgesehen hievon ist die eigentliche Frage, welche das Großherzogliche Oberhofgericht entschieden hat, die, ob ein unregelmäßiges Indossament dem Inhaber des Wechsels die Befugniß gibt, aus dem Wechsel zu klagen? Diese Frage hat das Großherzogliche Oberhofgericht nach Analogie des Art. 2010. l. verneinend entschieden. Auch die französischen Gerichte haben vielfach so erkannt, freilich nicht aus demselben Grund, sondern weil bei ihnen der Grundsatz gilt: Nul ne plaide par procureur. Broicher und Grimm ad art. 138 Nr. 3. Dagegen ist auch schon anders entschieden worden, indem man entweder den Indossatar als procurator in rem suam ansah, oder auch annahm, der Bezogene habe kein rechtliches Interesse, die Legitimation zu bestreiten, s. *Dalloz*, l. c. Section 5. Art. 2. Nr. 4 Lauckhard, Rechtsfälle Bd. 5. S. 150. Da der Indossatar jedenfalls berechtigt ist, den Wechselbetrag bei dem Bezogenen zu erheben, und giltig darüber zu quittiren, so sollte man hieraus schließen können, daß er auch diejenigen Schritte thun könne, welche zur Bewirkung des Einzugs nothwendig sind. Will der Bezogene nicht freiwillig zahlen,

so muß er die Befugniß haben, ihn deßhalb zu belangen. Steht dem aber Art. 2010. l. entgegen? Diese Frage wird verschieden beantwortet werden, je nachdem man ein unregelmäßiges Indossament als Anweisung an Einzugs- oder an Zahlungsstatt (Art. 2010. b.) ansieht. Wenn der Indossatar den Wechselwerth dem Indossanten berichtigt hat, so wird man kaum darüber in Zweifel sein können, daß der Wechsel eher an Zahlungs- denn an Einzugsstatt gegeben wurde. In diesem Fall wird er nach Art. 2010. g. gegen den angewiesenen Schuldner klagen können. Dieses scheint auch aus den Art. 196 und 197 des Handelsgesetzbuchs gefolgert werden zu können: „Handelszettel sind dort als Anweisungen an Einzugsstatt bezeichnet; der Inhaber ist nur verbunden den Zettel innerhalb der gesetzlichen Frist zu erheben, oder ihn dem Aussteller zurückzusenden. Läßt er diese Frist verstreichen, so wird er Eigenthümer der Forderung, und kann sich allein an den angewiesenen Schuldner halten." Hieraus geht hervor, daß er gegen den angewiesenen Schuldner in dem Fall klagen kann, wenn er die Frist zum Rückgriff auf den Aussteller versäumt hat. Man kann aber nicht wohl annehmen, daß der Gesetzgeber ihm dieses Recht als Folge seiner Versäumniß beilegen wollte, während ihm vorher dieses Recht nicht zugestanden hätte; man muß sich vielmehr den Sinn dieser Stelle so erklären, der Inhaber des Handelszettels konnte gegen den Aussteller wie auch gegen den angewiesenen Schuldner klagen, verliert aber durch Versäumniß den Rückgriff auf den Aussteller, und kann sich allein noch an den angewiesenen Schuldner halten. Diese Erklärung ist auch allein in Uebereinstimmung mit Art. 170 des Handelsgesetzbuchs, aus welchem Brauer den Art. 197 wahrscheinlich geschöpft hat.

Auch aus einem andern Gesichtspunkt läßt sich das Klagrecht des Wechsel-Inhabers begründen: Wenn er den Wechselwerth seinem Indossanten bezahlt hat, der Bezogene aber die Zahlung des Wechsels verweigert, so wird man wohl nicht anstehen, ihm den Rückgriff gegen seinen Indossanten zu gestatten. Pardessus Nr. 355 sagt sehr wahr, es sei ein Diebstahl, wenn der Indossant in diesem Fall die Rückzahlung des Empfangenen verweigern wollte. s. auch Broicher und Grimm ad Art. 138. Nr. 6. Der Indossant ist demnach Schuldner des Indossatar, weshalb dieser alle Klagen, welche Jenem zustehen, zu seiner Befriedigung anstellen kann. Artikel 1166. Konnte nun in dem gegebenen Fall der Indossant, Steimig gegen den Bezogenen klagen, so konnte Zachmann dieselbe Klage anstellen, mußte daher als legitimirt gelten.

Endlich hatte Stehle durch die Annahme sich verbindlich gemacht, den Wechsel an die Verfügung des Ausstellers zu zahlen. Art. 121. Dieser hatte zu Gunsten des Zachmann verfügt; es lag für Stehle daher kein Grund vor, dem Zachmann die Zahlung zu verweigern. War dieser auch nicht Eigenthümer des Wechsels, sondern nur mit dem Einzug beauftragt, so konnte er nach Art. 1239 die Zahlung in Empfang nehmen und gültig darüber quittiren. Das unregelmäßige Indossament ist daher keine justa caussa der Zahlungs-Verweigerung für den Acceptanten. Nur so viel wird aus dem unregelmäßigen Indossament gefolgert werden können, daß weil der Inhaber nur Bevollmächtigter des Indossanten ist, ihm auch alle Einreden entgegengesetzt werden können, welche dem Acceptanten gegen den Vollmachtgeber zustehen. Verträge erfordern redlichen Vollzug *), sagt Art. 1134. Wer daher einen Wechsel angenommen hat, muß ihn zahlen, wenn er nicht einen gerechten Grund der Weigerung anzuführen im Stande ist.

Dr. Ladenburg.

IV.

Ministerium des Innern.

Folgen nach dem Tode des Vaters die nicht gewaltsentlassenen Kinder kraft Gesetzes der zur zweiten Ehe schreitenden Mutter in das neue Bürgerrecht ihres zweiten Ehegatten, oder behalten sie das Bürgerrecht ihres verstorbenen Vaters bei?

Vergleiche Bekk, in den Annalen 1832. Nr. 13. S. 77.
„ Christ, das badische Gemeindegesetz, 1. Abtheilung (dritte Auflage) Zusatz zu §. 32 des Bürgerrechtsgesetzes.

Obige Streitfrage kam bei dem Großherzoglichen

*) Vorausgesetzt, daß sie rechtmäßig geschlossen sind. Eine Zuschreibung ist aber nicht rechtmäßig, wenn ihr Ort, Tag und Jahr fehlt; darum entzieht ihr das Gesetz die Wirkung des Rechtsübertrags und läßt sie blos als Einzugsauftrag gelten, welcher nicht zum Klagen berechtigt. D. R.

Ministerium des Innern aus Anlaß folgenden Falles zur Erörterung.

Augustin Herling, Bürger und Bauer von St. Leon, Bezirksamts Philippsburg, war mit Florentine gebornen Clevenz von da verheirathet und hinterließ bei seinem im Jahre 1836 erfolgten Tode den mit ihr erzeugten ehelichen Sohn Adam Herling, geboren am 2. August 1835, also dermalen noch minderjährig.

Die Wittwe heirathete hierauf den Wagner Johann Schmiederer, Bürger zu Langenbrücken, Oberamts Bruchsal, und schlug mit ihrem unmündigen Sohn erster Ehe ihren Wohnsitz bei ihrem zweiten Manne zu Langenbrücken auf.

Das Vermögen des minderjährigen Adam Herling, in Liegenschaften auf der Gemarkung von St. Leon bestehend, wurde von seinem Pfleger Christian Weis daselbst, welcher bei der väterlichen Erbtheilung aufgestellt wurde, verwaltet. Nach dem Tode des Pflegers stellte das Waisengericht von Langenbrücken in einer Eingabe vom 14. Oktober 1845 dem Oberamte Bruchsal vor, der minderjährige Adam Herling habe durch die zweite Ehe seiner Mutter Bürgerrecht in Langenbrücken erworben, es werde deßhalb ein Bürger von Langenbrücken, Nicolaus Gebhard, zu seinem Vormunde vorgeschlagen und dabei bemerkt, daß des Mündlings Liegenschaften auf St. Leoner Gemarkung mit obervormundschaftlicher Ermächtigung versteigert und dafür unter Aufsicht und Haftbarkeit des Pflegers und Waisengerichts Liegenschaften auf Langenbrücker Gemarkung erworben werden sollten.

Das Oberamt Bruchsal verpflichtete den vorgeschlagenen Vormund in dieser Eigenschaft unter dem 15. Oktober 1845; und dieser ließ die Liegenschaften des Pfleglings, weil sie durch fortwährende Verpachtung in Rückgang kämen, in der Versteigerung dagegen ein so hoher Erlös zu erzielen sei, daß damit mehr und bessere Güter in Langenbrücken erworben werden könnten, mit Einwilligung der Mutter und unter Zustimmung ihres Ehemanns, des Waisengerichts und den nächsten Anverwandten in Langenbrücken, versteigern, und ersteigerte dafür um 1053 fl. Liegenschaften auf der Gemarkung von Langenbrücken.

Der Gemeinderath daselbst erklärte in einer Urkunde vom 14. Februar 1846, daß Adam Herling in Folge der Verehelichung seiner Mutter mit Johann Schmiederer in dortiger Gemeinde Bürgerrecht erworben habe und als Gemeindeangehöriger aufgenommen worden sei.

Als nun aber das Oberamt Bruchsal um obervormundschaftliche Genehmigung des Liegenschaftsverkaufes angegangen wurde, sprach es sich dahin aus, daß Adam Herling fortwährend sein angeborenes Bürgerrecht in St. Leon behalten habe, mithin das Bezirksamt Philippsburg zur Ertheilung oder Versagung der obervormundschaftlichen Ermächtigung zuständig sei.

Das Bezirksamt Philippsburg dagegen hielt das Oberamt Bruchsal für competent; und da sich beide nicht vereinigen konnten, so wurde die Sache der Regierung des Unterrheinkreises vorgelegt und von dieser durch Verfügung vom 1. Juli 1846 dahin entschieden, daß Adam Herling als der Gemeinde St. Leon angehörig betrachtet werden müsse, mithin die Prüfung und Genehmigung der Versteigerung seiner Liegenschaften nur dem Bezirksamt Philippsburg zustehe.

Dieses versagte die nachgesuchte Genehmigung. Der Pfleger, die Mutter und der Stiefvater des Mündels ergriffen gegen die Entscheidung der Kreisregierung den Rekurs an das Ministerium des Innern mit dem Antrag, auszusprechen, daß Adam Herling als der Gemeinde Langenbrücken angehörig zu betrachten sei, und die Prüfung und Genehmigung der Versteigerung dem Oberamt Bruchsal zukomme.

Die Kreisregierung legte die Akten dem Justizministerium zur Entscheidung vor, und dieses ersuchte das Ministerum des Innern, vorerst über das Heimathsrecht des Minderjährigen zu entscheiden, da gegen die Verfügung der Kreisregierung der Rekurs zunächst deshalb ausgeführt worden sei, weil Herling dadurch der Gemeinde St. Leon zugewiesen werde.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 36.** Karlsruhe, den 4. September 1847.

I.

Ministerium des Innern.

Folgen nach dem Tode des Vaters die nicht gewaltsentlassenen Kinder kraft Gesetzes der zur zweiten Ehe schreitenden Mutter in das neue Bürgerrecht ihres zweiten Ehegatten, oder behalten sie das Bürgerrecht ihres verstorbenen Vaters bei?

(Schluß.)

Zur Vertheidigung der Ansicht, daß, ungeachtet die Mutter durch ihre Wiederverehelichung ein neues Bürgerrecht, in der Gemeinde ihres zweiten Ehemanns, erwirbt, ihre (nicht Gewalts entlassenen) Kinder erster Ehe das Bürgerrecht ihres verstorbenen Vaters beibehalten, läßt sich Folgendes anführen:

Der §. 6 des Bürgerrechtsgesetzes bestimmt, daß alle ehelichen Kinder das angeborene Bürgerrecht in der Gemeinde haben, in welcher ihr Vater zur Zeit ihrer Geburt oder, wenn er früher gestorben sein sollte, zur Zeit seines Absterbens Bürger gewesen ist. Und der §. 17 verfügt, daß durch die bürgerliche Aufnahme des Vaters in einer andern Gemeinde dessen unter elterlicher Gewalt stehende Kinder das Bürgerrecht mit erwerben und das bisher in einer andern Gemeinde ihnen zugestandene Bürgerrecht verlieren. Das Gesetz schweigt also über die Streitfrage in Bezug auf die Uebersiedelung der Mutter, mithin bleibt es bei der Regel des §. 6; und dazu liegen auch gute Gründe vor:

Eine Frauensperson kann selbstständig kein Bürgerrecht erwerben, sondern sie wird nur durch Verehelichung mit einem Bürger seines Bürgerrechts theilhaftig.

§. 5 des Bürgerrechtsgesetzes.

Sie tritt damit in die Familie ihres zweiten Mannes, aber nicht auch ihre Kinder erster Ehe, welche vielmehr in der Familie ihres verstorbenen Vaters bleiben und darum auch an dem Orte, wo dieser bürgerlich ansäßig war, ihre angeborenen Rechte behalten müssen. Sonst würden die Familienverhältnisse ohne Noth getrennt und zerrissen.

Das Eintreten der Wittwe in eine fremde Familie durch die Wiederverehelichung sieht die Civilgesetzgebung mit ungünstigem Auge an, was ihre Wirkung auf die Kinder erster Ehe betrifft. Denn die Mutter verliert dadurch kraft Gesetzes die elterliche Nutznießung an dem Vermögen der Kinder,

Landrechtsatz 386,

und sogar die Vormundschaft über sie, wenn diese ihr nicht von der Obrigkeit ausdrücklich anvertraut wird.

Landrechtsatz 395.

Es wäre aber doch wohl ungeeignet, unter solchen Verhältnissen der zweiten Ehe die wichtige Folge zu geben, daß das Bürgerrecht der Kinder in ihrem Geburtsort verloren ginge. Eine leichtsinnige Mutter könnte auf diese Art ihren Kindern erster Ehe großen Nachtheil bringen, wenn sie z. B. eine Gemeinde mit beträchtlichen Almendnutzungen ihrem zweiten Mann zu Liebe verließe und diesem in eine ärmliche Gegend folgte. Der bürgerliche Stand des Stiefvaters sollte nicht von so entscheidendem Einfluß auf seine Stiefkinder werden, sondern diesen sollten die von ihrem Vater überkommenen bürgerlichen Rechte verbleiben.

Daß Letzteres der Fall sei, läßt sich aus den §§. 7 und 8 des Bürgerrechtsgesetzes folgern; denn dort ist bestimmt, daß die unehelichen Kinder das Bürgerrecht in der Gemeinde erlangen, in welcher die Mutter zur Zeit der Entbindung das angeborene Bürgerrecht hatte; und daß

dieses erst dann verloren geht, wenn die Kinder vom Vater anerkannt und durch nachfolgende Ehe ligitimirt, dadurch aber des Bürgerrechts des Vaters theilhaftig werden. Wäre die gegentheilige Ansicht die richtige, käme nämlich Alles auf die elterliche Gewalt an, so müßten auch die unehelichen, nicht legitimirten Kinder der sich verehelichenden Mutter im Bürgerrecht nachfolgen, weil dieser die elterliche Gewalt über sie zusteht und verbleibt.

Endlich läßt sich auch §. 32 des Bürgerrechtsgesetzes anführen, welcher nur von den Kindern des Bewerbers, also wieder nur vom Vater spricht und auf die Kinder einer ins Bürgerrecht aufzunehmenden Mutter nicht angewendet werden darf.

Für die entgegengesetzte Meinung, wonach die ehelichen Kinder einer Wittwe, die zur zweiten Ehe schreitet und dadurch das Bürgerrecht ihres zweiten Ehemannes in einer andern Gemeinde erlangt, folgen, sprechen nachstehende Gründe:

Der entscheidende Gesichtspunkt ist die elterliche Gewalt. Kinder, welche noch nicht Gewalts entlassen sind; sollen den Eltern überallhin folgen, sie dürfen ohne Bewilligung derselben das elterliche Haus nicht verlassen,

Landrechtsatz 374.

sie hängen ganz von ihren Eltern ab; und es ist daher natürlich, daß diejenigen bürgerlichen Rechte, die sie von ihren Eltern ableiten, in der Regel sich verändern, sobald jene Rechte in der Person der Eltern eine Aenderung erleiden. Verlassen die Eltern ihren seitherigen Niederlassungsort und erwerben in einer andern Gemeinde das Bürgerrecht, so würde ihren Kindern schlecht damit gedient sein, wenn sie, obwohl noch ganz unselbstständig, in den alten bürgerrechtlichen Verhältnissen ihrer Eltern verbleiben müßten, während sie doch durch den Wegzug fremd werden, aus den alten Verhältnissen thatsächlich heraustreten und neue anknüpfen. Viel vortheilhafter und natürlicher ist es, daß sie mit ihren Eltern in dem neuen Niederlassungsort das Bürgerrecht erwerben, wo ihre natürlichen Beschützer, Versorger und Erzieher ihre Pflichten gegen sie am besten zu erfüllen im Stande sind, für ihr künftiges Fortkommen den sichersten Grund legen können. Ein unnatürliches Zerreissen der Familienbande wäre wohl die Folge, wenn die Vorschrift des Bürgerrechtsgesetzes §. 17 nicht bestände, wenn also die Kinder in dem ehemaligen Wohnort ihrer Eltern das angeborene Bürgerrecht behielten, während sie mit denselben in eine entfernte Gemeinde ziehen müßten, wo die Eltern das Bürgerrecht erwerben. Die Kinder wären alsdann genöthigt, nach der Entlassung aus der elterlichen Gewalt in jenen alten Ort zurückzukehren, um sich dort niederzulassen, wo sie vielleicht zwanzig Jahre nicht gewesen, mithin gänzlich fremd geworden sind.

Alles dieses trifft aber auch in dem Falle zu, wo nach dem Tode des Vaters die überlebende Wittwe durch zweite Heirath in einen andern Ort übersiedelt und dort das Bürgerrecht erlangt. Kraft Gesetzes wird mit dem Tode ihres Mannes ihr Recht der elterlichen Gewalt, welches während des Bestehens der Ehe ruhte und nur von dem Vater ausgeübt wurde, wirksam.

Landrechtsatz 372, 373.

Kraft dieser Gewalt müssen ihre Kinder erster Ehe ihr in die neue Heimath folgen, wo sie ihre Mutterpflichten nach wie vor zu erfüllen hat. Es liegt also Gleichheit des Grundes (par ratio) vor, und ebendeswegen müssen auch die Folgen dieselben sein.

Der §. 6 des Bürgerrechtsgesetzes steht dieser Ansicht nicht entgegen, denn er verfügt nicht über den Fall, wo der Vater sein Bürgerrecht veränderte, oder die Mutter ein anderes erwarb. Dieser Fall kommt erst im §. 17 vor; und dort ist allerdings nur der Vater erwähnt, die Mutter aber nicht ausgeschlossen, sondern mit Stillschweigen übergangen. Es wird daher dem Ausleger wohl erlaubt sein, den übergangenen Fall nach dem Grunde des Gesetzes, nach der Analogie, zu entscheiden.

Der von der Unselbstständigkeit einer Frauensperson bei Erwerbung des Bürgerrechts hergenommene Einwand scheint unerheblich zu sein. Mag das Bürgerrecht durch selbstständige Aufnahme oder durch Verheirathung erworben sein, dieß ist für die rechtliche Wirkung auf die Kinder gleichgültig. Die Wirkungen eines Rechtes sind im Allgemeinen, wenn die Gesetze nicht speciell etwas Anderes verfügen, die gleichen, die Art der Erwerbung des Rechts mag sein, welche sie will.

Wahr ist es, daß die Kinder erster Ehe nicht in die Familie des zweiten Ehegatten ihrer Mutter treten; allein darauf dürfte nichts ankommen. Sie verbleiben in der elterlichen Gewalt ihrer Mutter, werden in das Haus ihres zweiten Ehegatten aufgenommen und treten dadurch den bürgerlichen Verhältnissen des Letztern immer näher,

während ihre frühern immer mehr in den Hintergrund treten. Nicht dadurch werden die Familienbande zerrissen, daß die Kinder bei der Mutter bleiben, wohl aber dadurch, daß sie gezwungen werden, ungeachtet der veränderten Sachlage in den alten bürgerlichen Verhältnissen zu beharren, und in dieser Beziehung ihrer Mutter nicht folgen dürfen. Die leibliche Mutter steht doch ihren Kindern näher, als die etwaigen Verwandten ihres verstorbenen ersten Mannes. Wenn z. B. die Wittwe mit ihrem einjährigen Sohne von Constanz nach Wertheim übersiedelt und ihn dort erzieht, so werden die Familienbande, welche den Sohn an seine väterlichen Verwandten in Constanz knüpfen, etwas lockerer werden, und er wird es vorziehen, sich dereinst in Wertheim bei seiner Mutter bürgerlich niederzulassen, als nach 20 Jahren, wo vielleicht alle seine väterlichen Verwandten gestorben sind, in das ihm fremd gebliebene Constanz zurückzukehren.

Allerdings verliert die zur zweiten Ehe schreitende Mutter die elterliche Nutznießung an dem Vermögen ihrer Kinder erster Ehe. Allein demungeachtet verbleibt ihr die elterliche Gewalt mit allen Rechten und Pflichten. Sie und ihr zweiter Gatte erziehen und verpflegen auch die Kinder erster Ehe, und dafür wird ihnen wohl eine Vergütung gebühren. Uebersteigt der Ertrag des Vermögens diese Vergütung, so verbleibt der Ueberschuß den Kindern; allein dieß ist in Beziehung auf die vorliegende Frage von keiner Erheblichkeit. Auch die Vormundschaft kann der zur zweiten Ehe schreitenden Wittwe genommen werden,

Landrechtsatz 395,

jedoch unbeschadet der Rechte der elterlichen Gewalt. Auch in diesem Falle bleibt der Mutter die Befugniß, die Handlungen der Kinder zu leiten und zu überwachen, die Art des Unterrichts zu bestimmen, über den Lebensberuf, dem sie sich zu widmen haben, zu entscheiden, die Kinder zu belehren, zu warnen und zu strafen. Gewiß wird in den meisten Fällen die Uebung dieser Rechte und Pflichten der elterlichen Gewalt von größerm Vortheil für die Kinder sein, wenn diese dereinst im nämlichen Ort das Bürgerrecht antreten können.

Wird aber die Vormundschaft der Mutter überlassen, — wie dieß hier zu Lande wohl Regel ist, — und ihr zweiter Mann Mitvormund,

Landrechtsatz 396,

so träte der Mißstand ein, daß die Aufsicht des entfernt wohnenden Waisengerichts und der Obervormundschaft fast unmöglich werden würde.

Die Besorgniß, eine leichtsinnige Mutter könne ihren Kindern erster Ehe großen Schaden zufügen, wenn sie sich aus einer vermöglichen Gemeinde in eine dürftige verehelichte, ist nicht entscheidend. Der Gesetzgeber geht nicht von der Vermuthung aus, daß die Eltern schlecht für ihre Kinder sorgen; im Gegentheil, man darf annehmen, daß das Schicksal der Kinder in den Händen der Eltern am besten ruht. Auch bei der zur zweiten Ehe schreitenden Mutter nimmt dieses der Gesetzgeber an, sonst würde er ihr die wichtigen Rechte und Pflichten der elterlichen Gewalt abgenommen haben. Eine gute Mutter kann durch zweite Heirath aus einer armen Gemeinde in eine vermögliche das Loos ihrer Kinder erster Ehe, ohne Aufwand aus dem Vermögen derselben, verbessern.

Bei unehelichen Kindern macht das Gesetz eine Beschränkung, welche der Sache ganz angemessen ist. Man kann einem Stiefvater wohl zumuthen, daß er, wenn er einer Wittwe die Hand reicht, zu den ehelichen Kindern, die sie mitbringt, Vater werde. Ja der Gesetzgeber muthet ihm dieses in einem solchen Grade zu, daß er ihn zum Mitvormund seiner Stiefkinder, mit sammtverbindlicher Haftbarkeit, ernannt wissen will.

Landrechtsatz 396.

Zu weit würde aber die Zumuthung gehen, wenn er auch noch die unehelichen Kinder, von deren Existenz er vielleicht nichts wußte, als seine Kinder betrachten sollte. Sind dieselben von ihrem natürlichen Vater anerkannt, so mag dieser sich ihrer annehmen; sind sie es nicht, so möchte noch weniger Grund für den Ehemann vorhanden sein, sie gleich ehelichen zu behandeln. In der Regel wird die Entfernung solcher Kinder im Interesse beider Ehegatten liegen. Darum ist es auch folgerichtig, daß die bürgerlichen Verhältnisse der unehelichen Kinder durch die Heirath der Mutter nicht berührt werden.

Bürgerrechtsgesetz §. 8.

Die Consequenz geht so weit, daß auch die natürlichen Kinder des Ehemanns, selbst wenn er sie als solche anerkannt hat, ihm doch nicht folgen, sondern seines Bürgerrechts nur alsdann theilhaftig werden, wenn er

sie durch nachfolgende Ehe mit der Mutter ehelich macht. Er hat über sie, auch wenn sie nicht legitimirt werden, die patria potestas,

Landrechtsatz 158 und argum. h. a.;

allein bei unehelichen Kindern legt der Gesetzgeber der elterlichen Gewalt keinen entscheidendeu Einfluß bei; und darum folgen sie auch nicht der Mutter in die neuen Bürgerrechtsverhältnisse, obgleich diese die elterliche Gewalt über sie behält.

Was endlich den Ausdruck „Bewerber" im §. 32 des Bürgerrechtsgesetzes betrifft, so entscheidet er nichts; man kann — nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes — ebenso gut eine Bewerberin darunter verstehen, ähnlich wie im §. 20 unter dem Ausdruck „der Nachsuchende" auch auf eine Frauensperson geht, weil auch diese einen guten Leumund haben muß, um in eine Gemeinde bürgerlich aufgenommen zu werden. Ebenso im §. 24 verglichen mit §. 27, denn auch eine Frauensperson kann nur das als nachgewiesenes Vermögen anrechnen, was ihr nach Abzug des Einkaufgeldes übrig bleibt, und doch gebraucht der §. 27 nur den Ausdruck „Bewerber."

Die Majorität im Ministerium des Innern erkannte nach der erstern Ansicht, in Uebereinstimmung mit der Regierung des Unterrheinkreises, unter dem 16. Oktober 1846 Nr. 13705. Stockhorn.

II.

Urkunden-Fälschung.

1) Sind Forderungszettel und Quittungen eines Steuererhebers über bezahlte Sporteln öffentliche Urkunden?

2) Sind auch die Einnahme- und Ausgabe-Dekreturen der Gemeinderäthe für den Rechner öffentliche Urkunden?

§. 1.

Ein Gemeinderechner wurde beschuldigt, in elf Beilagen zu seiner Gemeinde-Rechnung für's Jahr 1840 Veränderungen an Ziffern und Buchstaben vorgenommen zu haben, wodurch seine Ausgaben für die Gemeinde sich auf 4 fl. 48 kr. höher stellten, als sie in der That betrugen, daher eine Fälschung und zwar öffentlicher Urkunden zum Nachtheil der Gemeinde begangen zu haben. Die fraglichen Beilagen bestanden in Forderungszetteln und Quittungen für Sporteln, ausgestellt vom Steuererheber und in den Ausgabe-Dekreturen des Gemeinderaths für den Betrag der Sporteln. Der Gemeinderechner wollte im Verhör nicht wissen, wer die leicht erkennbare Veränderungen an Ziffern und Worten gemacht habe, und trug zu seiner Entschuldigung vor, daß er diese Papiere mit andern Schriften dem Notar zur Rechnungstellung übergeben und dieser, ohne Anstand an den sichtbaren Veränderungen zu nehmen, sein Geschäft gefertigt habe. Er läugnete übrigens nicht, daß ihm durch die Veränderung der Beträge in den Urkunden ein Vortheil im oberwähnten Betrag zum Nachtheil der Gemeinde zugegangen wäre.

Der Gerichtshof erkannte den Gemeinderechner der Fälschung öffentlicher Urkunden für schuldig, und verurtheilte ihn dafür (abgesehen nämlich von dem Handgelübdebruch) nach Ansicht des Strafedikts §. 486 zu einer Zuchthausstrafe von einem Jahr.

Die Majorität der Votanten hielt zwar dießmal nicht, wie in einem frühern ähnlichen Falle, die Sportelzettel mit Quittungen des Steuererhebers für öffentliche Urkunden, wohl aber die darüber vom Gemeinderath ausgestellte Ausgabe-Dekreturen, und es wurde zur Begründung des Erkenntnisses in dieser Hinsicht angeführt: die Erlassung solcher Ausgabe-Dekreturen gehöre zu den Dienstobliegenheiten der Gemeinderäthe, also einer öffentlichen Behörde, und es enthalten diese Dekreturen eine dem Gemeinderechner nöthige Beurkundung, daß er eine an die Gemeinde gemachte Forderung für dieselbe berichtigen dürfe.

§. 2.

Die Fälschung einer öffentlichen Urkunde ist ein Angriff auf öffentliche Treue und Glauben, daher an und für sich weit strafwürdiger, als eine Fälschung, die an einer Privaturkunde begangen wird; daher wird nach unserm Strafedikt §. 48 die Fälschung einer öffentlichen Urkunde wie ein gefährlicher Diebstahl, die Fälschung einer Privaturkunde aber nur wie ein gemeiner Diebstahl abgeurtheilt. Auch das neue Strafgesetz enthält in dem 30. Titel von der Fälschung weit schärfere Strafbestimmungen für die Fälschung von öffentlichen — als jener von Privaturkunden. Es ist daher bei Aburtheilung solcher Fälle vom Richteramt genau darauf zu

sehen, zu welcher Gattung von Urkunden, die vorwürfig verfälschte gehört, damit nicht durch Verwechslung von Begriffen oder unwahre Unterstellungen härtere als die verdienten Strafen erkannt werden.

Aus dem Civilrecht, oder vielmehr aus der Theorie des Civilprocesses hat der Criminalrichter die Definition und Unterscheidung der öffentlichen und Privaturkunden so wie die Lehre von ihrer verschiedenen Beweiskraft herüber zu nehmen.

Unter öffentlichen Urkunden im Gegensatze von Privat-Urkunden versteht man solche Rechtsgeschäfte, welche durch die Form, in welcher sie errichtet werden, und durch die Behörden, welche dabei mitwirken, öffentlichen Glauben erhalten, so, daß denselben — volle Beweiskraft zukommt, während Privaturkunden durch blosen Widerspruch insoweit entkräftet werden, daß derjenige, welcher sich ihrer bedienen will, den Beweis der Aechtheit führen muß.

Das badische Landrecht stellt von einer öffentlichen Urkunde folgenden Begriff auf:

„Eine öffentliche Urkunde ist diejenige, die von solchen öffentlichen Beamten, welche an dem Ort des Geschäfts zu beurkunden berechtigt sind, mit den erforderlichen Feierlichkeiten verfaßt worden." Landrechtsatz 1317.

„Eine öffentliche Urkunde beweist die darin beschriebene Uebereinkunft unter den Vertragspersonen, ihren Erben und Rechtsfolgern vollständig." S. 1319. *)

Unsere Proceßordnung enthält keine Begriffsbestimmungen von Urkunden und deren Verschiedenheit, sondern setzt solche als bekannt aus dem Civilrecht voraus, sie beschränkt sich auf Vorschriften über das Verfahren bei Beweisführungen durch Urkunden, das je nach Beschaffenheit der Urkunden verschieden ist. Sind nämlich Privaturkunden vorgelegt, die von dem Produkten selbst ausgestellt sein sollen, oder von Personen, für deren Handlungen er haftet, so ist er schuldig, seine oder dieser Personen Hand- oder Unterschrift förmlich anzuerkennen oder abzuläugnen. Die Anerkennung bewirkt die Gewißheit der Aechtheit, die Abläugnung aber, daß die Urkunde nunmehr bis zum Beweise ihrer Aechtheit keine Beweiskraft hat; §§. der Proceßordnung 433, 434. Sind Privaturkunden vorgelegt, die von dem Rechtsvorfahrer des Produkten ausgestellt sein sollen, so kann er, wenn er sie nicht anerkennt, sich auf die Erklärung beschränken, daß er die Hand- oder Unterschrift desselben nicht kenne. Es hat diese Erklärung die nämliche Wirkung wie die Abläugnung, §. 435. Sind öffentliche, in gehöriger Form ausgestellte Urkunden vorgelegt, oder Privaturkunden, die nicht vom Produkten selbst oder dessen Rechtsvorfahrer oder andern Personen, für deren Handlungen er haftet, ausgestellt sein sollen, so hat er sich nur zu erklären, ob er sie für das halte, wofür sie vom Beweisführer ausgegeben werden. Die verneinende Erklärung, wenn die Urkunde in öffentlicher Form gehörig ausgestellt ist, benimmt derselben nichts von ihrem Werthe, insofern sich der Produkt nicht zum Beweise anbietet, und solchen wirklich führt, daß die Urkunde falsch oder verfälscht sei. Hingegen bewirkt die verneinende Erklärung in Betreff der Privaturkunden der im §. 436 bezeichneten Art, daß der Producent nunmehr den Beweis der Aechtheit derselben zu übernehmen hat, §§. 436, 432, 437 und 439.

§. 3.

Das Geschäft, Urkunden aufzunehmen, gehört vorzugsweise in den Dienstkreis der Staatsschreiberei — (der Amtsrevisorate mit ihren Notarien). — Ihre Urkunden tragen die Eigenschaft der Oeffentlichkeit an sich, insofern nicht ein Mangel an der Form erscheint. Diese ist im Landrecht entweder als Feierlichkeit, wie z. B. bei Testamenten, vorgeschrieben, oder sie dient nur zur Beweislichkeit, zur öffentlichen Beglaubigung des Rechtsgeschäfts. In letzterer Hinsicht enthält die Amtsrevisorats-Instruktion vom 19. Dezember 1837 nähere Bestimmungen und erklärt, daß bei Nichtbeobachtung derselben die Urkunde nicht als öffentliche sondern unter gewissen Voraussetzungen höchstens nur als eine Privaturkunde gelten könne.

Auch der Dienst anderer, höhern und niedern Staatsbehörden und Beamten, auch der Gemeinderäthe, geistlichen und weltlichen Ortsvorgesetzten, Vorsteher anderer Corporationen u. s. w. bringt es mit sich, daß sie über

---

*) Zachariä nennt eine öffentliche Urkunde diejenige, welche von irgend einem Staatsdiener innerhalb der Grenzen seiner Dienstgewalt in der gesetzlichen Form aufgenommen worden ist (in s. Handb. zum Art. 1317.).

ihre Verhandlungen und Beschlüsse mancherlei Arten von Urkunden, als Protokolle, Urtheile, Erkenntnisse, Bescheide, Zeugnisse und andere Schriften abzufassen haben. Es sind jedoch solche Urkunden nicht allemal und darum als öffentliche geltend, weil sie von Behörden oder Personen herrühren, die in Ausübung ihres Amtes gehandelt haben, sondern zur Eigenschaft der Oeffentlichkeit wird erfordert: a) die Absicht, oder der Endzweck: durch die Urkunde über ein Rechtsgeschäft oder über irgend ein Verhältniß eine öffentliche Beglaubigung zu ertheilen. Damit diese mit Wirkung geschehen könne, darf die öffentliche Person oder Behörde bei dem Gegenstand der Urkunde nicht selbst betheiligt, nicht Partei sein, sondern sie muß über den Parteien stehen; b) die Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeit, oder, wo eine solche nicht vorgeschrieben ist, doch ein äußeres Merkmal der Glaubwürdigkeit, z. B. die Beidrückung des Dienstsiegels.

Bei Vergleichung dieser Erfordernisse mit den obgedachten Urkunden wird sich leicht ergeben, daß sie die Probe der Oeffentlichkeit nicht aushalten. Was zuerst die Forderungszettel und Quittungen des Steuererhebers für Sporteln betrifft, so ist zwar nicht zu verkennen, daß derselbe bei Fertigung des Auszugs aus dem Register und bei Bescheinigung der an ihn geleisteten Sportelzahlung in seinem Dienste und gemäß seiner Dienstpflicht gehandelt hat; allein denohngeachtet ist er in Beziehung auf das Rechtsverhältniß mit dem Sportelschuldner nicht als öffentliche Person zu betrachten, sondern er steht dem zahlenden Gemeindsrechner als Partei gegenüber, wie irgend ein anderer Gläubiger, dem eine Schuld bezahlt wird. Der Steuererheber hat auch mit Fertigung seines Forderungszettels gar nicht die Absicht, dem Schuldner einen öffentlichen Akt über seinen Schuldbestand mitzutheilen, und der Zweck seiner Mittheilung erfordert auch keinen solchen, sie enthält eigentlich nur eine Mahnung des Erhebers an den Schuldner unter Beziehung auf ein schon bestehendes Verhältniß (hier auf einen richterlichen Sportelansatz) welches, wenn es noch beanstandet würde, aus den Gerichtsakten, als der ersten Quelle, seine Aufklärung erhalten müßte. Eben so ist die Quittung des herrschaftl. Einnehmers, welcher für den Empfang der Sporteln unter den Forderungszettel gesetzt hat, wie der Empfangschein irgend eines andern Gläubigers anzusehen, welche keine öffentliche Beglaubigung enthält und daher vor Gericht nur als eine Privaturkunde geltend gemacht werden könnte.

II. Was die s. g. Dekreturen des Gemeinderaths betrifft, so kann a) vorerst noch in Frage gestellt werden, ob sie überhaupt nur für Urkunden in der wahren Bedeutung gehalten werden dürfen? Die Dekreturen sollen „Anweisungen“ oder Vollmachten für den Gemeinderechner zu irgend einer „unständigen“ Einnahme oder Ausgabe sein, womit er laut der Instruktion bei Stellung seiner Rechnung sich zu legitimiren hat. Nun ist zwar eine Anweisung oder eine Vollmacht allerdings eine Urkunde, insofern sie zum Beweis für die Ermächtigung des Vertreters der einen Partei gegenüber der andern Partei ausgestellt wird, die Dekreturen aber, um welche hier es sich handelt, sind erst erfolgt, als der Rechner die Sporteln an den Einnehmer bereits bezahlt hatte, was daraus ersichtlich ist, daß die Dekreturen unter den Quittungen des Einnehmers mit einem spätern Datum stehen. Sie erscheinen daher nicht sowohl als Anweisungen als nur als nachträgliche Genehmigung der vom Rechner geleisteten Zahlung. Mag dies jedoch keinen wesentlichen Unterschied machen, so stellen in jedem Fall diese Dekreturen kein Beweismittel für die Existenz der Schuld selbst, folgeweise für die Gültigkeit der Zahlung dar, man kann daher nur insofern sie als Urkunden ansehen, als sie das That- und Rechtsverhältniß zwischen dem Gemeinderath und Rechner, das aus den Dekreturen hervorgeht, beweisen, insbesondere die Ueberwälzung der Verantwortlichkeit für die etwa ungültig geleistete Zahlung vom Rechner auf den Gemeinderath zur Folge haben könnten.

b) Wenn der Gemeinderath seinen schriftlichen Verhandlungen und Beschlüssen den Carakter von öffentlicher Treue und Glauben beilegen will, so muß er als Obrigkeit über den Parteien stehen und sein Amt handeln, wie z. B. bei Protokollirung und Gewährung von Käufen unbeweglicher Güter und bei Pfandverschreibungen. Er darf bei dem Geschäfte nicht selbst als Partei oder Vertreter einer Partei betheiligt sein, indem sonst seine Urkunde nur wie eine solche eines jeden Privatmannes angesehen werden darf.

Nun scheint zwar der Gemeinderath bei Ertheilung

solcher Anweisungen (Dekreturen) einen Akt seiner Autorität über den Gemeindsrechner auszuüben, wodurch dieser erst zur Ausgabe die Ermächtigung erhalte; allein! im wahren Lichte betrachtet handelt hier der Gemeinderath — dem die Verwaltung des Gemeinde-Vermögens oder wenigstens die Aufsicht darüber obliegt — im Namen und als Vertreter der Gemeinde, daher als Partei und nicht als Obrigkeit oder Urkundsbeamter über den Parteien. Endlich c) geschieht auch die Ausstellung der Dekreturen gar nicht in der Absicht, sie als öffentliche Urkunden gebrauchen zu können, denn einmal fehlt es ihrer Ausfertigung an einer Form oder einem äußern Merkmal der öffentlichen Glaubwürdigkeit, zum andern ist auch für den Gebrauch, den der Rechner mit solchen Dekreturen zu machen hat, keine öffentliche Urkunde nothwendig; der Gebrauch besteht nämlich darin, daß der Gemeinderechner die Dekreturen, so wie die übrigen Belege oder Urkunden über Einnahmen und Ausgaben seiner gestellten Jahrsrechnung anzuschließen hat, wodurch diese gerechtfertigt werden soll. Würde nun bei Einsicht und Prüfung der Rechnung mit ihren Belegen von der Gemeinde oder ihren Vertretern die Aechtheit einer oder der andern Dekreturen beanstandet werden, so müßte wie bei andern Privaturkunden der Gemeinderechner den Beweis der Aechtheit herzustellen haben.

Donsbach.

III.

Entscheidungen französischer Gerichte in Wechselsachen.

Deckung — Provision.

1) Hellot-Vimard zog mehrere Wechsel auf seine Commis Payn und Feugueur, starb aber vor Verfall dieser Wechsel. Der Inhaber derselben, Alexandre, ließ den Bezogenen ein Verbot insinuiren, sich der Waaren oder Werthe, die sie aus der Verlassenschaft besitzen könnten, zu entäußern. Der Sohn des Verstorbenen verlangte die Aufhebung dieses Verbots, weil die Waaren und andere Werthe, welche im Besitz der Bezogenen seien, zur Verlassenschaft seines verstorbenen Vaters gehörten, und nicht die Bestimmung hätten, zur Zahlung der fraglichen Wechsel zu dienen; weil ferner diese Wechsel ungültig seien, da sie von dem Principalen auf den Commis gezogen seien.

Pardessus, droit comm. Nr. 335.

Das Handelsgericht von Rouen verwarf diesen Antrag durch Urtheil vom 23. Juni 1845, weil, was den ersten Grund betrifft, die Deckung eines Wechsels Eigenthum des Wechsels-Inhabers sei, auch wenn die bei dem Bezogenen vorhandenen Waaren und andere Werthe nicht gerade zur Zahlung des Wechsels besonders bestimmt sind; und was den zweiten Grund betrifft, weil das Gesetz nirgends verbiete, daß der Principal auf seinen Commis ziehe u. s. w. Auf ergriffene Appellation erfolgte ein bestätigendes Erkenntniß der Cour roy. de Rouen vom 20. August 1845 unter Annahme der Entscheidungsgründe der ersten Instanz.

Sirey, 1846. II. 255—57.

2) Suquet und Comp. auf der Insel Martinique zog für bedeutende Summen auf Chauvin in Marseille an die Ordre von Lalanne, mit dem die Aussteller überein gekommen waren, daß sie ein großes Quantum Zucker als Deckung dem Bezogenen zum Verkauf schicken würden. Sie schickten diesem auch den Zucker, ohne ihm jedoch ausdrücklich zu bemerken, daß er zur Deckung der Wechsel dienen sollte. Der Bezogene verkaufte den Zucker, und verwendete den Kaufpreis theils zur Ausgleichung seiner eigenen Forderung an Suquet und Comp., theils zur Zahlung einiger der oben erwähnten Wechsel. Die übrigen Wechsel wurden nicht bezahlt und protestirt. Lalanne klagte nun gegen Chauvin auf Zahlung dieser protestirten Wechsel, weil der Zucker zur Deckung derselben bestimmt gewesen sei, und der Bezogene den Kaufpreis eingezogen habe, wurde jedoch in erster und zweiter Instanz (von der Cour roy. d'Aix 1. Juni 1839) abgewiesen. Die nachgesuchte Cassation wurde verworfen den 9. Juli 1840, weil der Bezogene nicht davon unterrichtet worden sei, daß der Zucker zur Deckung der Wechsel dienen solle.

Sirey 1840 I. 969.

3) Den 9. Februar 1837 zogen Wolf und Constable de Mobile (in den Ver. Staaten von Nordamerika) elf Wechsel, jeden von 10,000 Franken auf Delaroche und Delessert in Havre. Die Aussteller zeigten dies den Bezogenen an, und schickten ihnen dagegen mehrere Wechsel auf London. Die Bezogenen zeigten den Empfang

dieser Wechsel an, bemerkten aber, sie könnten die dagegen auf sie gezogenen Wechsel nicht acceptiren. Wirklich verweigerten sie Annahme und Zahlung, worauf die Inhaber der Wechsel, Merian und Bernard, gegen sie eine Klage erhoben, weil die ihnen geschickten Rimessen auf London zur Deckung dieser Wechsel bestimmt gewesen seien, mithin auch dieser Bestimmung gemäß verwendet werden müßten. Die Beklagten wendeten aber ein, die ihnen überschickten Rimessen seien in Rechnung gut gebracht, aber der Abschluß dieser Rechnung ergebe keineswegs eine hinreichende Summe zur Zahlung der Wechsel. Zudem sei auf diesen Saldo von verschiedenen Gläubigern des Wolf und Constable Beschlag gelegt.

Das Handelsgericht von Havre erkannte den 5. März 1839, daß die Beklagten nicht zur Zahlung verbunden seien, und daß die Kläger wegen des mit Beschlag belegten Betrags den Streit mit den Gläubigern auszutragen hätten. Die Cour roy. de Rouen bestätigte dieses Erkenntniß den 12. Mai 1840. Die dagegen nachgesuchte Cassation wurde verworfen. 9. Juni 1841.

Sirey 1841 I. 705—707.

Aus den beiden letzten Entscheidungen geht hervor, daß der Bezogene die ihm vom Aussteller zugesandte Deckung nur dann zur Zahlung der Wechsel, für die sie bestimmt ist, verwenden muß, wenn er sich hiezu verbindlich gemacht hat. Denn es steht Jedem frei, einen ertheilten Auftrag anzunehmen oder auszuschlagen. Art. 1984 §. 2.; wobei übrigens zu beachten ist, daß die Annahme auch stillschweigend geschehen kann. Art. 1985 §. 2 und 1985 a. weshalb der Bezogene, welcher die Deckung nicht zur Zahlung der Wechsel verwenden will, seine Weigerung zur Kenntniß des Ausstellers bringen muß, wie dies in dem Fall Nr. 3 geschehen ist. Darf er aber dem übermachten Werth eine andere Bestimmung geben, darf er ihn namentlich zur Ausgleichung seiner eigenen Forderung verwenden? Dieses scheint in den obigen Fällen von den französischen Gerichten zugelassen worden zu sein. Dagegen lassen sich aber erhebliche Bedenken vorbringen: Man kann ein gemachtes Anerbieten nicht theilweise annehmen, und theilweise zurückweisen. Auch dürfen die Handlungen nicht mit den Worten in Widerspruch stehen. In dem Fall Nr. 3. haben die Bezogenen die Deckung angenommen, aber die Verwendung zurückgewiesen. Dieß scheint mir unzulässig. Auch *Dalloz*, Jurisprudence du 19 siecle. v. Effets de commerce. Section 2. Nr. 16 ist der Ansicht, daß der Bezogene die Deckung dann nicht zur Ausgleichung seiner eigenen Forderung verwenden darf, wenn sie vom Aussteller mit dem Auftrag, bestimmte Wechsel daraus zu bezahlen, übermacht worden ist. In dem Fall Nr. 2 hatte der Bezogene keine solche specielle Weisung. Er sollte den Zucker verkaufen, und den Erlös dem Aussteller gut bringen; er konnte daher ohne Zweifel seine eigene Forderung zunächst tilgen. Die Entscheidung Nr. 1 beruht auf ganz eigenthümlichen Ansichten, welche die französischen Gerichte in Bezug auf die Deckung hegen. Sie nehmen an, der Aussteller cedire mittelst des Wechsels die Forderung, welche er an den Bezogenen habe, dem Wechsel-Inhaber, und leiten daraus ein dingliches Recht desselben an der Deckung ab. Daher ist in vielen Urtheilen erkannt worden, daß, wenn der Aussteller vor Verfall des Wechsels in Gant geräth, die Deckung nicht zur Gantmasse gehöre, der Wechselinhaber vielmehr daraus eine vorzugsweise Befriedigung ansprechen könne. In den Rechtsfällen von Lauckhard 2. Band S. 421—439 sind die in diesem Sinne ergangenen Urtheile angeführt; dazu kamen in neuerer Zeit noch die Erkenntnisse der Cour r. de Rouen vom 11. Januar 1844 (*Sirey* 1845. II. 232) und Douai vom 21. August 1844 (1845 II. 158). Dieser letzte Fall mag zeigen, wie weit die Consequenz des Grundsatzes getrieben wird:

Jombard-Ledour zog den 25. Oktober 1841 zwei Wechsel auf seinen Commissionär Boudin, welcher den Auftrag hatte, verschiedene Waaren für seine Rechnung auf der Insel Martinique zu verkaufen. Als der Wechsel-Inhaber Mathys sich am Verfalltag bei dem Bezogenen meldete, erklärte dieser, er habe keine Deckung, weil die Zahlung der in Martinique verkauften Waaren noch nicht eingegangen sei. Unterdessen war der Aussteller Jombard-Ledour zahlungsunfähig geworden, Mathys konnte daher von ihm keine Zahlung erwarten. Als aber im Jahr 1843 die in Martinique verkauften Waaren an Boudin bezahlt wurden, verlangte Mathys daraus vorzugsweis befriedigt zu werden. Die syndics der Gantmasse bestritten diesen Anspruch, verloren aber sowohl in erster als in zweiter Instanz den Proceß.

Uebrigens sind viele Schriftsteller nicht mit dieser Ansicht einverstanden. So namentlich Boulay-Paty. Des faillites. Nr. 375. *Broicher* und *Grimm* ad art. 115. Nr. 4. *Dalloz*, l. c. Nr. 8. Bei Laukhardt ist auch ein Urtheil der Cour r. de Toulouse vom 17. April 1821, de Paris v. 16. Juni 1828. (*Sirey* 1822. 2. 2. — 1828. 2. 243) im entgegengesetzten Sinn angeführt. Auch die rheinischen und belgischen Gerichte haben anders entschieden, wie aus dem Archiv der Preuß. Rheinprovinzen V. 1. 157 und der Note des belgischen Herausgebers von *Persil*, Traité des lettres de change. S. 71 ersehen werden kann. Dr. Ladenburg.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe, den 11. September 1847.

I.

Proceßrecht.

1) Die Ladung auf Restitutionsklagen ist nicht abhängig zu machen von der vorgängigen Ausschwörung des Restitutions-Eides.

2) Kommt es am Schlusse der Verhandlungen auf die Ausschwörung dieses Eides an, so ist darauf in dem Urtheil über die Hauptsache zu erkennen, und die Folge für den Fall der Verweigerung oder Leistung des Eides auszusprechen.

3) Diese Grundsätze sind auch auf die Wiederherstellungsgesuche des Art. 5. §. 672 und 672 a. der Proceßnovelle anwendbar.

Alsbald nach Einführung der neuen Proceßordnung hat sich die Praxis gebildet, daß der Restitutionseid nicht mehr, wie unter der Herrschaft der Obergerichtsordnung, vor Erkennung der Ladung auf die Wiederherstellungsklage abgenommenn wurde.

Jahrbücher, N. F. I. 188.
Annalen, I. 177.

Ueber die Frage aber: ob in dem Erkenntniß auf den Eid zugleich die Folge der Leistung oder Verweigerung für die Hauptsache, nach Analogie der §§. 379 und 597 der Proceßordnung, auszusprechen und so das Vorerkenntniß mit dem Endurtheil zu verschmelzen sei? ist bis jetzt, so viel uns bekannt, kein Präjudiz veröffentlicht worden.

Darum möge es uns erlaubt sein, ein solches hier mitzutheilen.

Die Gemeinde Kieselbronn hatte den Großherzogl. Domänenfiscus und die Grundherrschaft von Göler zu Sulzfeld als Zehntherren bei Großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises wegen Kirchenbaupflicht klagend in Anspruch genommen. Von Seiten der Beklagten wurde jedoch auf den Grund eines Baufaktums, welches in den 1760er Jahren vorgekommen sein sollte, die Einrede der Baufreiheit vorgeschützt, deren Beweis in erster Instanz unvollständig ausfiel.

Gegen das ungünstige Urtheil des Großh. Hofgerichts ließ vorerst nur die Grundherrschaft von Göler die Appellation bei dem obersten Gerichtshofe einführen und das Gesuch stellen, daß zum besseren Beweis mehrere Urkunden von verschiedenen Behörden eingefordert werden möchten.

Später führte auch der Großh. Domainenfiskus die rechtzeitig angemeldete Appellation bei dem Obergerichte ein und producirte, um das fragliche Baufaktum nachzuweisen, ein Convolut von Akten, welches bisher in dem Königlich Würtemberg. Archive beruht haben sollte. Davon erhielt die Grundherrschaft von Göler durch den Anwalt, welcher beide Beklagten zugleich vertrat, Kenntniß und ließ nun zu der früheren Beschwerdeschrift ein Wiederherstellungsgesuch mit schriftlichem Eideserbieten einreichen, um die von Großh. Fiskus producirten Urkunden auch für sich als neue Beweise geltend zu machen.

Auf dieses Wiederherstellungsgesuch wurde sofort Ladung verfügt, die Vernehmlassung des appellat. Theils erhoben, Produktionstagfahrt abgehalten und nach mündlicher Schlußverhandlung, in Gemäsheit des Art. 5. §. 672 a. der Proceßnovelle, durch Urtheil v. 22. Juli 1847 auf den von den Mitgliedern der v. Göler'schen Grundherrschaft auszuschwörenden Eid in der Weise erkannt, daß im Falle der Weigerung das hofgerichtliche Urtheil lediglich bestätigt, andernfalls aber zum Nachtheil der Kläge-

rin abgeändert werden soll, weil nämlich das Appellationsgericht den Beweis der Baufreiheit des Kirchspielzehntens durch die würtembergischen Akten für vollständig erbracht angesehen hat.

Diese Art des Verfahrens rechtfertigt sich durch die Analogie der §§. 379 und 597 und empfiehlt sich durch unläugbare Zweckmäßigkeit. D. R.

II.

Hofgericht des Seekreises.

Ueber §. 771 der Proceßordnung.

Auf eine vom Kläger in Gemäßheit dieses Paragraphen erhobene Klage hatte der Beklagte seine Einwendungen vorgebracht.

Der Gerichtshof theilte die Antwort des Beklagten dem Kläger zur Nachricht mit.

Der Kläger beruhigte sich aber nicht dabei, sondern wollte Verhandlung über den Widerspruch und Urtheil über dessen Grund.

Hierauf erging nun folgende Verfügung:

J. S. ꝛc. wird

In Erwägung, daß der §. 771 der Proceßordnung zwar von einem „geltendmachen" spricht, und dieser Ausdruck allerdings so verstanden werden könnte, als ob der erhobene Widerspruch in dem nämlichen Verfahren gerichtlich durchgeführt, d. h. vom Widersprechenden begründet und je nach Umständen bewiesen werden müsse;

daß aber gegen diese Deutung schon der Umstand spricht, daß für den Widerspruch eine Frist bestimmt werden soll, während doch in keinem Fall vorausgesehen werden kann, wie viel Zeit auch zum Beweis des Widerspruchs erforderlich ist;

daß aber diese Deutung noch vielmehr deshalb als unstatthaft erscheint, weil sonst der Fall eintreten könnte, entweder daß die Parteirollen verwechselt, oder Klagen erst in der Replik begründet würden;

daß sie ferner deshalb unstatthaft ist, weil der §. 761 aufs Bestimmteste ausspricht, daß außer den Fällen des §. 762 und 773 und folgender Niemand zur Klage solle gezwungen werden;

daß der Zweck des §. 771 kein anderer ist, als dem Bauenden vor der Unternehmung des Baues die Kenntniß etwaiger Einwendungen dagegen zu verschaffen;

daß dieser Zweck vollkommen schon erreicht ist, wenn ihm der Aufgeforderte ohne alle Begründung nur angezeigt, daß er in dieser oder jener Beziehung den Bau nicht gestatte;

daß mit Erreichung dieses Ziels der Absicht des Gesetzes vollkommen Genüge geschehen ist — etwas Weiteres also ohne zureichenden Grund gefordert würde;

daß aber auch aus diesem Zweck zu Gunsten des Aufforderers noch die weitere Ausnahme von der Regel des Klagenrechts sich ergibt, daß der Aufforderer auf diesen blosen Widerspruch hin nun ebensogut zur Erhebung seiner Klage (Zueignungsklage oder Klage auf Behauptung oder Bestreitung einer Dienstgerechtigkeit — rei vindicatio — actio confessoria — actio negatoria) berechtigt sein muß, wie wenn er in seinem Eigenthum oder seiner Dienstgerechtigkeit thätlich gestört worden wäre;

daß diesem Verständniß des §. 771 auch die Analogie der Aufforderung zur Klage (§. 762 und 766) entspricht;

daß wenn jener andere Sinn der richtige wäre, bei dem Umstand, daß der §. 771 in dem Titel des summarischen Verfahrens steht, dieses Verfahren aber bei Verhandlung des bestrittenen Widerspruchs unpassend, und, hingesehen auf die übrigen Bestimmungen der Proceßordnung selbst — als höchst absonderlich erscheinen müßte, vom Gesetzgeber sicher etwas über das weitere Verfahren gesagt worden wäre, wenn er angenommen hätte, daß ein solches statt finden könne,

und nach Ansicht des §. 169 und 174 der Proceßordnung, hiemit

das Gesuch des Klägers um Fortsetzung der Verhandlungen — unter Verfällung desselben in die dadurch veranlaßten Kosten — verworfen.

Nachricht ꝛc. Keller.

III.

Raubmord. Klagfreierklärung mit Detention.

I. Geschichte.

Seit dem Jahr 1811 lebte Katharine, geborne Zipfel, mit dem Hofbauer Ignaz Rombach in einer zwar kinderlosen, aber zufriedenen und glücklichen Ehe, denn bei der einfachen Lebensart dieser Leute, ihren ländlichen frommen Sitten, im Besitze eines ansehnlichen Guts —

des s. g. Moosbofs, in der Thalgemeinde Eschbach — und im Genusse einer dauerhaften Gesundheit bei einer kräftigen Leibesconstitution, war das Loos beider wirklich beneidenswerth, und ihres vorgerückten, beinahe gleichen Alters von 59 Jahren ohngeachtet, konnten sie noch eine Reihe von Jahren ihres häuslichen Glücks genießen, wenn nicht plötzlich und unvorgesehen ein Bösewicht von außen sich eingeschlichen und Hand an das Leben der einsamen Frau gelegt hätte, um ungehindert und unverrathen des fremden Guts sich bemächtigen zu können.

Am zweiten Christag (Stephanstag), den 26. Dezember 1839 gingen die Hausbewohner, mit Ausnahme der Frau, Morgens gleich nach 8 Uhr in die Kirche zum Gottesdienst, und kamen nach 11 Uhr wieder heim. Zuerst traten beide Mägde, welche die Letzten beim Fortgehen waren, zur blos angelehnten vordern Hausthüre hinein, nach ihnen der Oberknecht und Unterknecht mit beiden Hirten und einem Miethsmanne, der Hofbauer aber eine Weile nach ihnen. Die Dienstboten waren gewöhnt, daß bei ihrer Heimkunft aus der Kirche die sorgsame Hausfrau das Mittagessen bereitet und in der Wohnstube den Tisch gedeckt hatte, dießmal aber gewahrten sie zu ihrem Befremden weder eine Anstalt zum Essen, noch die Hausfrau selbst, und nach einigem Warten der anwesenden Gäste schaute zuerst die eine Dienstmagd nach der Hausfrau in der Küche. Kaum hatte diese die Thüre vom Hausgang in die Küche, welche nicht geschlossen sondern nur in der Falle war, geöffnet, so verkündete ein Schrei des Entsetzens der Magd den Andern, daß die Hausfrau todt sei. Man fand diese ausgestreckt mit dem Gesichte und Leibe auf der Erde in ihrem Blute liegend, den Kopf gegen den Heerd und die Füße gegen den Küchenkasten gekehrt, hinter welchen ihre ausgezogenen Schuhe, wie absichtlich hingestellt, standen. Sie gab kein Lebenszeichen mehr von sich und war kalt anzufühlen. Der zu dieser Schreckensscene bald nachgekommene Hofbauer und Ehemann ließ vor Allem den am nächsten wohnenden praktischen Arzt Dr. Brunner herbeirufen, welcher die Frau in der nämlichen, eben beschriebenen Lage fand und bei ihrer äußern Besichtigung sich von ihren vielseitig tiefen Verletzungen um den Hals herum und von ihrem Tode überzeugte. Ein Blutkanal führte von der Leiche auf der abschüssigen Sohle der Küche gegen die hintere Thüre. Ihre Kleider am Leibe waren mit Blut getränkt aber unverletzt, ihre geflochtenen Kopfhaare hingen am Hinterhaupt herunter und waren nicht zerrauft. Ihre Kappe hing auf der Seite am Hals. Der zur Beleuchtung der Küche auf dem Heerde aufgesteckte Lichtspan war abgebrannt und am Erlöschen. In der Pfanne lag das erste s. g. Sträuble (ein Backwerk) ganz verbrannt, der Teig zu den andern noch in der Schüssel darneben, auch das gewöhnliche Küchenmesser, ohne Spuren von Blut. Aus diesen Wahrnehmungen ist zu schließen, daß die emsige Köchin im Momente vom Mörder überfallen wurde, als sie ihr Backwerk kaum begonnen hatte. Bei der vom Großhzl. Landamt und Physikat Freiburg (in deren Bezirk die Gemeinde Eschbach gehört) vorgenommenen legalen Leiche-Besichtigung und Oeffnung zeigten sich im Gesichte und am Halse zehn zum Theil sehr tief dringende Wunden, welche beinahe in einem und demselben Kanal auf der rechten Seite des Halses zusammentrafen. Die Luftröhre war unterhalb des Kehlkopfes geöffnet, der Querfortsatz des siebenten Halswirbels zum Theil losgestoßen und die arteria vertebralis getrennt, daher man mit einer Sonde in den Rückenmarkskanal selbst eindringen konnte. Auch beide Hände hatten Stichwunden. Uebrigens wurden die Eingeweide aller drei Körperhöhlen in normalem Zustande gefunden.

Das Gutachten der Gerichtsärzte spricht sich also aus, daß die vorhandenen Verletzungen am Halse in ihrer Gesammtheit den Tod unbedingt und nothwendig herbeigeführt haben und daß die Verletzungen mit einem scharf schneidenden Instrumente, mit großer Gewalt und Sicherheit beigebracht worden sind.

Der Beweggrund des Mörders zu dieser schauerlichen That offenbarte sich bei der Oeffnung und Besichtigung der Kammer neben der Küche, in welcher die Thüren beider tannenen Kästen mit einer Holzart eingeschlagen waren, welche wirklich daneben lag, unmittelbar vorher an ihrem gewöhnlichen Aufbewahrungsorte im obern Hausgange sich befand, von wo sie (ohne Zweifel) von dem ortskundigen Thäter herbeigebracht war. Sie trug Blutspuren an sich.

Aus einem der besagten Kästen (Schränke) war eine zugerollte Schweinsblase mit dem darin enthaltenen Gelde, welches ungefähr in 24 Stück großen Thalern und 16 bis 20 Sechsbätznern bestand, nebst mehreren vom Hofbe-

sitzer beschriebenen Kleidungsstücken und einem Regenschirme entwendet. Aus dem andern Kasten wurde nichts vermißt, obgleich darin der Oberknecht, Michel Rombach, Bruder des Hofbauers, seinen Geldvorrath mit der Gurte aufbewahrte, welches freilich hinter dem Bettzeug versteckt war und zu dessen Auffindung der eilige Dieb sich dir Zeit nicht ließ. Auch in die Wohnstube war derselbe gekommen, daraus aber nichts als eine Tabackspfeife des Oberknechts entwendet worden. Später ist auch noch die Entwendung eines Stücks von einem Zuckerhut entdeckt worden. Von der Kammer, in welcher diese Gewaltthat an den Kästen und die Entwendung verübt wurde, ist insbesondere zu bemerken, daß sie nur von der Küche aus zugänglich ist. Von dem Thäter fand man Spuren durch Fußtritte, auf dem Hinweg sowohl, als auf dem Rückweg von der Berghöhe — der s. g. Halde — herab in der Richtung des Hofs und wieder hinauf bis in den grundherrlich von kageneckischen Wald, wo sie sich auf dem festen Boden verloren haben, und der Flüchtige sich nach allen Seiten wenden konnte.

Noch am nämlichen Abend wurde in Gottenheim, wohin die Kunde von dem Vorfall auf dem Mooshof noch nicht gelangt war, ein Mensch wegen sehr verdächtigen Betragens und Besitzes von Geld und Effekten verhaftet und am andern Morgen an das Amt Breisach geliefert. Dort wurde er am 28. und 29. ins Verhör gezogen und sodann weiter an das Landamt, in dessen Bezirk das Verbrechen geschah, abgeliefert.

II. Persons-Beschreibung und Lebenslauf des Inkulpaten.

Joseph Fr., vulgo Maurer Sep oder mördinger Sep genannt, ein großer magerer, aber starker Bursche mit blatternarbigem Gesichte, ist geboren den 5. Hornung 1807 in Harmersbach (Amts Gengenbach), ledig, katholischer Confession und ohne Vermögen. Seine Eltern sind der im Jahr 1835 verstorbene Joseph Fr., Scheerenschleifer und Hafenbinder und die noch am Leben befindliche Wittwe, Marie, geborene Dr. in Mördingen, welche in ihrem Alter von 75 Jahren aus dem Almosen in der Gemeinde erhalten wird. Diese Eheleute wurden aus Harmersbach, dem Geburts- und Trauungsorte der Frau, in die Heimathgemeinde des Mannes, nach Mördingen gewiesen, woselbst der Sohn Joseph als Knabe in die Schule geschickt wurde, aber, wie der Lehrer sich noch dunkel errinnert, im Besuche der Lehrstunden saumselig war. Sein Vater konnte sich der Erziehung nicht viel annehmen, weil er vermöge seines Gewerbs im Lande herumzog, auch dem Trunk und Spiel sehr ergeben war, so, daß er in seinem Zustande einmal selbst Hand an sein Leben legte, welches damals von seinem andern Sohne Andreas durch Abhauung des Stricks, woran der Vater sich gehängt hatte, gerettet wurde. Die Mutter hat einen guten Leumund und — wie die Ortsvorgesetzten auf ihre Aussageberichten — viel von ihrem Manne erdulden müssen und auf ihre Ermahnungen an ihn zu einem nüchternen Leben Schläge und Tritte bekommen. Doch soll sich der Mann und Vater über den Ungehorsam seiner Söhne beklagt und diese mit Anlaß zu seinem Attentat des Selbstmords gegeben haben.

Bei dem Sohne Joseph (dem Inkulp.) bewährt sich das alte Sprichwort: „der Apfel fällt nicht weit vom Baume". Er besitzt die Leidenschaften seines Vaters zum Trunke in hohem Grade, so wie der Spielsucht, doch nur in Beziehung auf diese Leidenschaften gleicht er seinem Vater, indem der Sohn auch wegen seines Charakters und seiner Handlungs- und Lebensweise im schlechtesten Rufe steht. Er könnte sich mit seinem erlernten Maurerhandwerk gut ernähren, denn es fehlt ihm nicht an Talent und Geschicklichkeit, was daraus hervorgeht, daß er öfter — obgleich nur Geselle — Bauarbeiten von Meistern in Unter-Accord bekommen hat. Allein! selten bringt er es zur Vollendung des Werks, auch hält er bei den Meistern die Arbeitszeit nicht aus, oder er wird wegen Nachlässigkeit aus dem Dienste fortgejagt, wie es seine Meister Riescher und Widmann gethan haben. Hat er wieder etwas Geld auf Abschlag seines Verdienstes in der Hand, so wird die Arbeit verlassen und das Geld in den Wirtshäusern vergeudet. Zu den Lastern des Müssiggangs und Trunks gesellt sich sein ausschweifendes Leben mit dem weiblichen Geschlechte. Er macht kein Hehl von seiner ärgerlichen Aufführung und seine Sittenlosigkeit kennt kein Ehr- und Schaamgefühl. Mit der ledigen Genov. W. in B. führt er seit zehn Jahren einen unzüchtigen Umgang, hat mit ihr drei Kinder erzeugt, wovon ein achtjähriges nur noch am Leben ist und mit dem vierten geht die Dirne von ihm schwanger. Sie giebt an, daß derselbe sie früher unterstützt habe, als er in den benachbarten Thälern gearbeitet, seit einem Jahre

aber habe sie nichts mehr von ihm erhalten, weil er den Wirthshäusern nachziehe und selbst brauche, was er habe. Er behauptet, sie nach Kräften unterstützt zu haben. In Gr. hat er mit einer Kun. Hrl. Bekanntschaft. Er will gehört haben, sie besitze etwas Geld, und deswegen vorgehabt haben, sie zu heirathen. Lakonisch antwortete er im Verhör auf die Frage: wie es komme, daß er mit zwei Weibspersonen Bekanntschaft habe? „Es geht mir halt auch, wie es in jenem Lied heißt:

„Ein andres Städtle, ein andres Schätzele.“

Seine Neigung, fremdes Eigenthum anzutasten, hat er schon in seinem 12. Lebensjahr durch Entwendung einer silbernen Sackuhr ausgeübt und dafür eine Züchtigung in der Schule erhalten. Im folgenden Jahre hat er sich der Entwendung eines gleichen Objekts schuldig gemacht. Im Jahr 1822 hat er einen Kleiderdiebstahl im Werth von 4 fl. 18 kr. begangen, wofür er vom Vogt in Mördingen abgestraft worden ist. In eine gerichtliche Untersuchung wegen Diebstahls ist er zuerst im Jahr 1823 bei dem Bezirksamte Staufen gezogen und bestraft worden. Die Entwendung bestand wieder in einer silbernen Sackuhr. Nebstdem wurde er auch noch der Unterschlagung von Fahrniß schuldig erkannt und ihm ein „arbeitsscheues Herumvagiren“ zur Last gelegt. Seine Strafe bestand in einer körperlichen Züchtigung von 15 Stockstreichen über Einrechnung des erstandenen Arrestes. Das Jahr darauf (1824) hat er an einer Dienstmagd eine Entwendung von 1 fl. 8 kr. begangen und ist deswegen vom Amt Breisach des zweiten geringen Diebstahls schuldig erkannt, daher und in weiterer Erwägung, „daß er seit seinem 12. Lebensjahr einen fortdauernden Hang zur Dieberei und zum müßigen Herumziehen an den Tag gelegt“, zu einer vierwöchentlichen Gefängnißstrafe verurtheilt worden. Diese Vergehen hat Inkulp. in der dermaligen Untersuchung auf Befragen nur allmählig und mit Umwicklungen oder Beschönigungen einbekannt, so z. B. gab er an: als er 17 Jahr alt gewesen, habe er vor der Gemeinde 10 Stockstreiche erhalten, weil er in Nordweil, wo er die Steinhauer-Profession bei Wendelin Kuri habe erlernen wollen, ein paar Hosen und ein Hemd entwendet habe, denn er habe, weil er nichts gelernt, diese Kleidungsstücke für seinen Lohn angerechnet und sich heimlich entfernt. Weiterer Diebstähle in neuerer Zeit ist Inkulpat nicht bezüchtigt, außer dem jetzt in Frage liegenden auf dem Mooshofe. Er schiebt seine früheren Vergehen auf Rechnung seiner Jugend und will sich den Schein einer aufrichtigen Besserung geben. Sorgfältig vermeidet er aber vom Stehlen zu reden, wenn er sich wegen seiner bisherigen Lebensweise gleichsam selbst vor dem Untersuchungsrichter Vorwürfe macht und das Versprechen von aufrichtiger (nur erkünstelter) Reue und Besserung ablegt. Als Beispiele mögen hier nur folgende Antworten im Verhör dienen: Auf Frage 111: „Ich weiß noch aus dem Schul- und Religionsunterricht, daß Gott im Himmel ist, daß Gott gütig, barmherzig, gerecht, allwissend und allgegenwärtig ist. Ich bin in meiner Jugend hierüber belehrt worden. Ich weiß auch, daß Gott dem Reumüthigen verzeiht und ich habe in meinem Arreste schon hierüber nachgedacht und mir gesagt: „du bist auf dem rechten Platz! denn ich habe seit längerer Zeit her ein schlechtes Leben geführt, und hatte Gott wenig vor Augen.“ Ich sehe dieß ein, bereue es, und hoffe auf Versöhnung. Es ist mir noch manch anderes Schöne und Gute gesagt worden, auf das ich mich aber nicht mehr erinnere.“

Auf Frage 123: „Ich habe mich dem Trunk hingegeben, früher oft gespielt, bin den Dirnen nachgezogen, habe nicht mehr gebetet, überhaupt Gott vergessen, und darin bestehen meine Fehler, die ich bereue, und, werde ich mich bessern.“

Auf den Vorhalt, daß in dieser Lebensweise der Grund verübter Verbrechen zu suchen sei — erklärte er: „Ich kann hierauf nichts sagen, außer, daß wenn ich einmal an's Trinken komme, auch noch andern Leuten bezahle, und so meinen Verdienst von einiger Zeit her auf einmal durchbringe. Niemand wird seit mehreren Jahren her nachweisen können, daß ich Entwendungen verübt habe.“

Daß er von heftiger Gemüthsart sei und im Zustande der Aufwallung die Gewohnheit habe, sogleich das Messer zu ziehen, ist ein hier besonders wichtiger Umstand, den er selbst nicht in Abrede stellt. Eine derartig gewaltsame Thatsache ist im vorigen Jahre vom Amt Breisach untersucht und durch Bescheid der Angeschuldigte „wegen Friedbruchs und zügellosen Benehmens“ zu einer sechstägigen bürgerlichen Gefängnißstrafe, worunter zwei Tage Dunkel-Arrest — verurtheilt worden. Am letzten Abend vor seiner Verhaftung in Gottenheim hat er auf dem

Wege vom Adler bis zum Kronenwirthshause sein Messer geöffnet und offen mit der Spitze aufwärts in die Hosentasche gesteckt. Bald darnach, als in der Krone ihm der Soldat Philipp Heß über sein Betragen die Bemerkung machte: „Kerl, wenn du nicht ruhig bist, so bekommst du noch den Ranzen voll", sprang er auf den Soldaten mit seinem aus der Hosentasche herausgezogenen offenen Messer los, wurde aber durch den dazwischen getretenen Accisor Willoth, welcher ihm das Messer entriß, am Gebrauche desselben gehindert. Er entschuldigt sich zwar mit Trunkenheit, gesteht aber auf Frage 195: daß er aus „Gewohnheit" das Messer gezogen habe, deren Entstehung er damit zu erklären sucht: er habe einmal zur Nachtzeit Schläge bekommen, daher trage er immer ein Messer oder einen eisernen Senkel nach, und, wenn er Nachts unter Wegs sei, so habe er das Messer geöffnet bei sich. Doch sei es immer nur im trunkenen Zustande geschehen, daß er „getobt und gerast" habe. Sein Herumziehen auf dem Bettel hat im Jahr 1834 zu seiner Einlieferung bei dem Amt Triberg Anlaß gegeben.

Das Zeugniß seiner Mutter ist um so bedeutungsvoller, da es sich bis auf den Morgen des Stephanstags erstreckt und einen wichtigen Moment aufklärt, indem es die Zeitbestimmung des Sohnes über sein Weggehen von Haus am Morgen niederlegt. Sie giebt nämlich an:

Seit vielen Jahren her arbeite ihr Sohn Joseph als Maurer bald da bald dort, und während den Sommer-Monaten sehe sie ihn nie. Vor Weihnachten habe sich derselbe einige Wochen mit Unterbrechungen zu Hause aufgehalten, sei bald da bald dorthin gegangen, ohne daß sie wisse, was er getrieben habe, ausgenommen, daß er einige Tage in Gündlingen gearbeitet habe. Sie sei kürzlich von dem Bürgermeister in Gegenwart zweier Gendarmen vernommen worden, und habe gesagt, daß ihr Sohn Joseph am Christtag Morgens fortgegangen und Abends wieder nach Haus gekommen sei; sie habe sich aber seither genauer erinnert, daß er sich nicht am Christtag, sondern Tags vorher — am Dienstag Nachmittags gegen 4 Uhr aus ihrer Wohnung entfernt, ohne daß sie wisse, wo er sich hinbegeben und übernachtet habe. Den andern Tag, nämlich am Christtag Nachmittags, sei er zurückgekommen und habe etwas von ihr zum Essen verlangt, indem er hungrig sei. Sie habe ihm Sauerkraut und Brod gegeben, was er alles aufgegessen habe. Auf ihre Frage an ihn: wo er gewesen sei und ob er nicht zu Mittag zu essen bekommen habe? habe er lachend geantwortet: „es ist weit dort hinten her und ich habe nicht eingekehrt. Ich bin in Höfen bei meinem Mädle gewesen, weil ich mit demselben Hochzeit machen will und ich gehe morgen wieder dahinteri". Bestimmt habe er sich nicht ausgesprochen, denn er habe ihr in der Regel — wie man zu sagen pflege — nur beschissene Antworten gegeben und bemerkt: „das wissen noch viele Leute nicht." Manchmal habe er ihr gesagt, er gehe da oder dorthin, um Accorde abzuschließen. Nachdem am Abende des Christtags — wie eben erwähnt — ihr Sohn Joseph gegessen gehabt, habe er sich in ihrer Schlafkammer, wo zwei Better stehen, schlafen gelegt und sei am Morgen des Stephanstags um vier Uhr herum aufgestanden. Mit dem Bemerken, daß es regne, habe er einen Sack zur Bedeckung von ihr verlangt, worauf sie ihn den Regenschirm zu nehmen geheißen, womit er sich entfernt und gesagt habe, daß er Abends wieder heimkommen werde. Seither habe sie ihn nicht mehr gesehen. Auf Befragen (Frage 97): ob sie erfahren habe, wessen ihr Sohn beschuldigt werde? antwortete sie: sie habe schon Verschiedenes gehört. Einige sagen, er habe im Thale gestohlen, und Andere: er habe sogar eine Frau umgebracht. Wie sich aber die Sache verhalte, wisse sie nicht. Wenn er dieß Verbrechen begangen habe, so soll ihm sein Recht geschehen. Sie glaube, die Weibsleute haben ihn so schlecht gemacht. Er habe da und dort Liebhaberinnen, sei dem Spiel und Trunk ergeben, habe auch früher schon Diebstähle sich zu Schulden kommen lassen. Ihre Schuld sei es nicht, daß er auf Irrwege gerathen. Sie habe ihm immer Ermahnungen gegeben, zu beten und Gott vor Augen zu haben.

Wo sich am Christage (dem Tag vor der That) Inkl. herumgetrieben hat? konnte nicht ausgeforscht werden. Seine Geliebte in Höfen will ihn fünf Wochen vorher das letztemal gesehen haben, wo er in Stegen gearbeitet und sie besucht habe. Was Inkulpat selbst über seinen Zeitvertreib am Christag, namentlich über seine angetretene aber wieder aufgegebene Reise nach Gersbach, um seine Kleider daselbst zu holen, die nicht vorhanden waren, so wie über seinen Gang in die Apotheke zu Munzingen angegeben, hat sich, wie so vieles Andere von

ihm angegebene als Unwahrheit herausgestellt. Lügen sind ihm wie angeboren. Er hat seine Marime frei eingekannt: man sei nicht schuldig, den Leuten die Wahrheit zu sagen. Sie gilt ihm gleichviel vor dem Richter wie vor den Leuten im gemeinen Leben. Sie findet sich auch in dieser Untersuchung bei jedem Verhör bestätigt. Ueber seinen Charakter hat der Untersuchungsrichter dem Berichte an's Hofgericht, womit die Aktenvorlage geschah, nachstehende Schilderung beigefügt:

„Derselbe ist ein äußerst verschmitzter, gewandter Bursche, der in der Heuchelei einen hohen Grad erreicht. Gleisnerisch hat derselbe in allen Verhören die Hände gefaltet, wie dies während eines Gebets zu geschehen pflegt, auf jede Frage lauernd und die Antwort folgte rasch auf dieselbe. Er hat den Katechismus gut gelernt, um durch seine scheinbaren Grundsätze zu täuschen. Er hat über minder bedeutende Thatsachen sogleich Geständnisse abgelegt, um die Wahrscheinlichkeit für sich zu begründen, daß er auch das Verbrechen selbst eingestehen würde, wenn er der Thäter wäre. Der Vorhalt des Mords hat zwar augenblicklich einen Eindruck auf den Inquisiten gemacht, der aber plötzlich wieder spurlos vorüberging. Inquisit ist ein tief verdorbener gefährlicher Bursche für die bürgerliche Gesellschaft.“

III. Verhör und Vertheidigungssystem des Inkulpaten.

Im ersten Verhör bei dem Amt Breisach hat er über seinen Besitz von Geld und Effekten angegeben: er habe von dem Bürgermeister in Stegen 8 fl. bekommen, weitere 8 fl. von dem Accordanten des Schulhaus-Baues daselbst; dann habe er zu Gersbach, Amts Schopfheim, als Maurer gearbeitet und Geld verdient, denn er habe von H. Zehle achtzig Gulden bekommen, und zwar letztere im Sommer, die angegebenen zwanzig Gulden aber im Spätjahr. Die andern Gegenstände seien, eben so wie das Geld, sein Eigenthum, denn die Kappe namentlich und den Hosenträger habe er an der letzten Messe in Freiburg gekauft.

Am andern Tag im zweiten Verhör erklärte Inklp., er wolle nun erzählen, „auf welch' sonderbare Weise“ er die Sachen bekommen habe. Am Stephanstag, ungefähr um 12 Uhr, als er von Wildthal gegen Föhrenthal gehen gewollt, um daselbst Arbeit zu suchen, habe er auf der Höhe einen Menschen von dem Weg her laufen gesehen, der auf den Schönehof (v. Rotteck's Berggut) führe. Wie er geglaubt habe, diesem Menschen nahe zu kommen, sei er ihm auf einmal aus dem Gesicht verschwunden. Er habe sich, nachdem er an einem Brunnen getrunken, nach dem Menschen umgesehen, und ihn auf einmal in den Hecken in gebückter Stellung oder kniend bemerkt, sei dann keck auf denselben zugegangen, indem er habe wissen wollen, wer er sei. Da sei derselbe fortgesprungen, und habe alle die Gegenstände auf dem Boden liegen lassen, die bei ihm (Inklp.) gefunden worden, mit Ausnahme eines Halstuchs, welches er in Gottenheim gekauft habe. Sie bestehen namentlich in folgenden: in 23 Stück Kronenthalern, mehreren Sechsbätznern und etwas Münze in einer Schweinsblase verwahrt; einer Mannskappe von grünem Sammet mit grün seidenen Schnüren, einem paar braun wollenen Strümpfen, zwei schwarzen seidenen Halstüchern, einem ganz guten weiß baumwollenen gestrickten Tschoben, einem Regenschirm von blauem Kanefas, zwei reustenen Mannshemdern, Hosenträgern und einem Sackmesser mit rothem beinernen Heft. Das Geld sei in der Kappe gelegen (in- oder außerhalb der zuvor angegebenen Schweinsblase?). Er habe diese Sachen zusammengepackt und fortgenommen, weil er gedacht, der Entflohene habe sie auf keinem rechten Wege erworben, sonst wäre er nicht fortgesprungen.

Nach seiner Ablieferung an das Landamt Freiburg erzählte er im Verhör am Neujahrstage auf (Frage 19) den Hergang also: er sei am Stephanstag um 6 Uhr Morgens von Haus fortgegangen über Waltershofen, Umkirch, Lehen, Betzenhausen, Freiburg und Zähringen in's Wildthal, denn er habe am Sonntag vor 14 Tagen mit dem Besitzer des Hofguts Michelbach Rücksprache genommen, welcher ihm für's Dreschen per Tag 7 kr. und die Kost — und für Arbeit am Handwerk 8 kr. versprochen habe. Um die Sache in Richtigkeit zu bringen, habe er zu diesem Manne gehen wollen, jedoch den Weg dem Leimstollenhof zu eingeschlagen, weil er in Föhrenthal etwas mehr zu erhalten geglaubt; als er nun auf die Föhrenthaler Höhe gekommen sei, habe er an der Waldspitze vom Schönehof her im Weg einen Burschen gegen sich kommen gesehen, den er (Inklp.) aufwärts gegangen sei, habe sich an einem Samenacker niedergesetzt, um etwas Branntwein und Brod zu sich zu nehmen; sodann, als dieses geschehen, an einem nicht weit entfernten

Brunnen etwas Wasser getrunken, zugleich aber auch gesehen, daß der Bursche in der Richtung nach Föhrenthal sich hinter kleine Hecken begeben habe. Der Brunnen gehöre zu dem Gut des Hofbauern Flamm, wo er im Jahr 1834 Steine gebrochen habe. Es habe ihn gewundert, warum der Bursche sich gleichsam verborgen habe, denn es sei ihm (Inklp.) so vorgekommen, weil derselbe längere Zeit hinter den Hecken geblieben sei; die Neugierde habe ihn angetrieben, dem Platze zuzulaufen, wo der Bursche sich befand, und wohin von dem Brunnen weg zwei bis dreihundert Schritte zu laufen waren; als er sich dem Burschen genähert, habe derselbe sich beinahe ganz auf den Boden gebückt und dadurch verdächtig gemacht. Inkulpat habe wissen wollen, wer er sei? deswegen seinen Lauf gegen ihn gerichtet, anfänglich langsam, dann aber rascher, doch als er kaum zehn Schritte vom Brunnen weg gewesen, sei der Bursche in den Wald zurückgesprungen, wo er hergekommen — so viel Inkulpat meine — dem Schönehof zu; näher als auf 200 Schritte sei er dem Burschen nicht zugekommen, als dieser sich oben gestellt und etwas gegen ihn ausgestreckt habe, zugleich sagend: „Komm jetzt, wenn du etwas willst!" Ink. habe sich nicht getraut, ihn weiter zu verfolgen, weil er einen Schuß gegen sich befürchtet, obgleich er nicht unterscheiden konnte, ob der Bursche mit einem Gewehr oder etwas anderem versehen war. Schon während seiner Verfolgung des Burschen habe er gesehen, daß er auf dem verlassenen Platze ein Bündele zurückgelassen, weswegen er dahin gegangen sei und die vorhin erwähnten Gegenstände gefunden habe, und zwar das Geld sei in der grün sammtnen Pelzkappe auf zwei Häufchen, die Blase aber neben der Kappe gelegen. Er habe hastig davon Besitz ergriffen und sich damit auf einem Fahrweg an Reben hin rechts vom Wildthal zurück nach Gundelfingen und Vörstetten bezeben, in welch letzterm Orte er etwa um 1 Uhr Nachmittags angekommen und bei einem Buschwirth eingekehrt sei, zwei Schoppen Wein für 10 kr. getrunken und für zwei Kreuzer Brod dazu gegessen; von da weg nach Schopfholz und Holzhausen den Marsch fortgesetzt, zwischen diesen beiden Orten aber das Geld gezählt, so wie auch das Bündele geöffnet habe. In der Kappe seien 23 Kronenthaler, worunter 2 oder 3 badische, 2 oder 3 östreichische Sechsbätzner und noch 5 halbe Kreuzer gewesen. In dem Bündele hätten sich ein gestrickter guter Mannsschoben, zwei Hemder, (ohne zu wissen, ob Manns- oder Frauenhemder?) eines neu, das andere ein getragenes, ein schwarz seidenes Halstuch, ein schönes neues roth baumwollenes Schnupftuch, und ein paar neue schwarz wollene Strümpfe befunden. Auf dem nämlichen Platze, wo er diese Objekte betrachtet, habe er zu den in das Tuch eingebundenen Sachen noch das seidene Halstuch, den Hosenträger und die Kappe gethan, das Geld aber in die Blase und mit dieser in die äußere linke Kamisol-Tasche gesteckt, das Messer aber in die rechte Hosentasche. Den gefundenen Regenschirm habe er mit dem seinigen zusammen gebunden, und mit dem Bündele auf der Schulter getragen. Bald nachher sei ein junger Mann, angeblich ein Sattler von Ihringen, zu ihm gekommen, und sie seien dann miteinander nach Buchheim und Gottenheim gegangen, wo der Mann ihn verlassen habe. Er (Inkulp.) sei im Löwen eingekehrt, wo er um drei Uhr angekommen, zwei Schoppen getrunken, Brod dazu gegessen und 12 kr. dafür bezahlt, sodann sich fortbegeben habe, um vollends nach Haus zu gehen, auf Veranlassung des Ortswächters aber, der ihn gefragt: ob er einen Schoppen zahle? im Adler eine Flasche alten weißen Wein habe bringen lassen, woran nebst ihnen beiden ein Mann von Waltershof, Namens Belletin, mitgetrunken habe. Es seien noch andere Leute an ihren Tisch gekommen, bald habe er, bald andere bezahlt; er sei betrunken geworden und bewußtlos, denn als er zur Besinnung gekommen, sei er auf der Wachtstube gewesen, wo ihm gesagt worden, daß er auch in dem Kronenwirthshause gewesen, wo er arretirt und sein Bündele ihm abgenommen worden sei. Es falle ihm auf, daß er bei dem Amt Breisach in Ketten gelegt worden, da er keine Ursache hiezu kenne. Er habe nur gedacht, die bei ihm betroffenen Gegenstände müßten irgendwo gestohlen sein, und der Verdacht der Entwendung auf ihn fallen.

Dem Inkulp. wurden in diesem Verhör über die Widersprüche in seinen Angaben zu Breisach mit jenen dahier noch keine Vorhalte gemacht und keine specielle Fragen gestellt. Dieß geschah erst am 16. Januar, als das Amt mit seinen Nachforschungen und Erhebungen weiter vorgerückt war und Inkulpat sich freiwillig in's Verhör melden ließ, worin er der Erwartung, ein Geständniß abzulegen, nicht entsprach, sondern unter dem falschen Vorwande: — es sei in seinem Arrestzimmer zu kalt — um Verbringung in einen andern Verwahrungsort und um Erledigung seiner Sache, insbesondere auch um Eröffnung der Ursache seiner längeren Haft mit dem Bemerken ansuchte, daß er außer dem bereits Angegebenen weiter nichts zu sagen wisse, denn es helfe jetzt alles nichts, wenn er auch zehn Jahre eingesperrt bleibe, so werde er doch auf seiner Angabe bestehen.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. N^{ro.} 38. Karlsruhe, den 18. September 1847.

I.

Raubmord. Klagfreierklärung mit Detention.

(Fortsetzung.)

Auf den Vorhalt (Fr. 40) seines Widerspruchs in den Angaben über den Erwerb der Gegenstände antwortete er: weil er nicht gewußt, ob er alles Geld und alle Kleidungsstücke, welche er entwendet glaubte, erhalten, so habe er in dem ersten Verhör, bei dem Amt Br. gesagt, daß diese Objecte sein Eigenthum seien, daß er nämlich das Geld verdient und die Effecten gekauft habe, denn sonst hätte man behaupten können, er habe auch die Sachen, die nicht in seinen Besitz gekommen, gestohlen, deßwegen habe er eine falsche Angabe gemacht. Wäre er wieder freigelassen worden, so hätte er wahrscheinlich irgendwo in einer Zeitung die Beschreibung der Objecte gelesen, und wenn nicht mehr ausgeschrieben worden wäre, als er erhalten, so würde er Alles zurückgegeben, im entgegengesetzten Falle aber stillgeschwiegen und behalten haben. Dieß sei der Grund seiner verschiedenartigen Aussagen.

Auf den Vorhalt (Fr. 41), wie es komme, daß er ohne einen solchen Beschrieb in seinem zweiten Verhör eine andere Angabe gemacht, da man ihn noch immer der Entwendung beschuldigen konnte, um so mehr, da er sich durch die widersprechenden Angaben verdächtiger gemacht hatte, erklärte Inkulpat: es sei freilich wahr und nicht gescheidt von ihm gewesen, daß er nicht gleich die Wahrheit angegeben, wie er es das zweitemal gethan habe, und obgleich ihm die Unwahrscheinlichkeit auch dieser Erzählung vorgestellt wurde, beharrte er dennoch fest darauf.

Auf die Frage (44), was er dazu sage, daß diese Gegenstände auf dem Mooshof in Eschbach geraubt worden seien? gab er die Antwort: „So! so! auf dem Mooshof sind sie geraubt worden!! Ich kann hierauf nichts sagen, außer daß ich den Moosbauer wohl kenne, denn ich habe, wie schon früher bemerkt, auf diesem Hof gearbeitet."

Auf die Frage, er werde auch die Moosbäuerin kennen? antwortete er: „Ja! ich kenne die Moosbäuerin so gut als ich ihn kenne."

Nun werden bestimmtere Fragen in Beziehung auf die That selbst an ihn gestellt, welche mit seinen Antworten hier wörtlich angeführt zu werden verdienen.

Fr. 46: Ihr seid sehr beinzichtigt, diese Gegenstände auf dem Mooshof geraubt zu haben, was sagt Ihr hierauf?

Antwort: „Ich weiß nicht, was ich darauf sagen soll. Ich habe sie nicht geraubt und verlange hierüber Beweis."

Fr. 47: Es wird Euch weiter eröffnet, daß die Moosbäuerin bei Verübung des Raubs verwundet wurde, was sagt Ihr hierauf?

Antw.: „Ich kann auch hierauf nichts sagen. Ich weiß hievon nichts."

Fr. 48: Ihr seid ebenfalls sehr beinzichtigt, auch diese Frau verwundet zu haben, was sagt Ihr hierauf?

Antw.: „Ich weiß hievon nichts."

Fr. 49: Glaubt Ihr, es habe Euch Niemand zu dem Mooshof und von demselben gehen gesehen?

Antw.: „Ja! dieß glaube ich."

Fr. 50: Was würdet Ihr sagen, wenn behauptet würde, man habe Euch gesehen, am Stephanstag Morgens zu dem Mooshof gehen und von demselben?

Antw.: „Ich würde darauf sagen, es ist erlogen. Die Leute sollen herkommen, die mich gesehen haben."

Fr. 51: Unterdrückt die Stimme des Gewissens nicht durch hartnäckiges Abläugnen. — Die gegen Euch vorliegenden Inzichten sind so nahe, daß Euch euer Abläugnen nichts frommen, sondern nur schaden kann. Was sagt Ihr hierauf?

Antw.: „Wenn ich „letz“ gemacht würde *), so könnte ich nichts anders angeben, als ich gethan habe, und ich kann dieser That wegen ruhig sterben, denn ich habe sie nicht begangen.“

Fr. 52: Es wird Euch weiter eröffnet, daß der Thäter ohne allen Zweifel seinen Weg aus dem kageneckischen Wald durch den Dobel herunter zu dem Mooshof genommen und denselben wieder zurückgekehrt ist. Die Fußtritte von demselben ließen sich auf- und abwärts wahrnehmen, und diese Fußtritte rühren wohl von keinem andern Menschen her als von Euch, denn Eure Stiefel passen in dieselbe ganz genau, wovon sich das Amt und mehrere Urkundspersonen überzeugt haben, was sagt Ihr hierauf?

Antw.: „Ich kann darauf nichts anders sagen, als daß ich's nicht gewesen bin und ein Anderer auch solche Stiefel haben kann, wie ich trage.“

Fr. 57: Es wird behauptet, daß Ihr früher einmal an einem Sonntag Morgens zu der Moosbäuerin gekommen seid, was sagt Ihr hierauf?

„Antw.: „Dieß ist so. Ich bin — so viel ich meine — im Spätjahr v. J., ohne daß ich die Zeit genau angeben kann, von hier aus an einem Samstag Abend nach Eschbach gegangen. Ich war etwas betrunken, wollte zu einer Magd des Moosbauern, stieg daher am Brunnenhaus hinauf auf den obern Gang und in's Haus hinein. Weil nun die Thüre zur Kammer der Magd verschlossen war, so ging ich weiter seitwärts auf den Heuboden, legte mich auf das Heu nieder und schlief bis in den Morgen hinein, ging dann hinunter in die Wohnstube, wo ich die Moosbäuerin allein traf. Sie gab mir ein Glas Branntwein. Ich hielt mich bei ihr ungefähr eine Viertelstunde auf, ging den Eschbach hinauf und nach St. Peter, wo ich mich bei dem Werkmeister Weber um Arbeit erkundigen wollte, weil ich denselben aber nicht traf, so ging ich zu dem Maurer Ab. Ruf, der mir sagte: Weber sei in der Frühe fortgegangen.

Fr. 58: Wie konntet Ihr Euch auf so verdächtige Weise in das Haus einschleichen, und zwar noch durch Einsteigen auf den obern Gang?

Antw.: „Dieß ist in Thalgegenden nichts Neues und ich habe schon oft auf diese Weise übernachtet.“

Auf Fr. 60 bejahte Ink. die Aussagen gegen ihn, daß er in Gottenheim vorgegeben habe, an jenem Tag von Triberg zu kommen, und die in seinem Bündel verwahrten zwei Hemder von einem Kameraden daselbst zurückgeholt zu haben. Er will nicht schuldig gewesen sein, die Wahrheit zu sagen.

Instanz 61: Jeder rechtschaffene Mann rede bei solchen Angelegenheiten die Wahrheit, Er aber habe durch seine falschen Angaben den widerrechtlichen Besitz der fremden Sachen nur zu beschönigen gesucht.

Antw.: Er habe gesagt, von Triberg zu kommen, damit verschwiegen bleibe, wie er zu den Sachen gekommen, bis er hierüber Gewißheit erhalten hätte, um sie wieder zurückzugeben.

Auf weitere Instanz: „Ich habe freilich gefehlt, daß ich keine Anzeige davon gemacht habe, wie ich in den Besitz der Sachen gekommen bin. Da ich dieses einmal unterlassen habe, so muß ich gestehen, daß ich auch nicht vor hatte, sie zurückzugeben, sondern ich hätte sie für mich verwendet.“

Fr. 63: Ihr werdet nochmals wohlmeinend erinnert, nicht länger hartnäckig zu läugnen, sondern ein offenes Geständniß abzulegen, denn eure Kleidung, namentlich eure Leibwäsche ist in einem solch erbärmlichen Zustande, daß mit Grund anzunehmen ist, ihr habt vorsätzlich diese Gegenstände geraubt, um Euch gegen die Winterkälte zu schützen, was sagt Ihr hierauf? *)

Antw.: „Wenn ich sterben muß, so kann ich nicht sagen, daß ich dieß gethan habe. Ich bleibe dabei stehen, daß ich in deren Besitz gekommen bin, wie ich in meinem ersten Verhör dahier angegeben habe. Ich weiß, daß

*) Der provinciale Ausdruck „Letzmachen“ bedeutet so viel als die innere Seite nach Außen kehren. D. R.

*) Dieses eben so langweilige als unnütze Refrain „was sagt ihr hierauf“ sollte doch endlich einmal aus den Verhörprotokollen verschwinden. D. R.

meine Kleider und mein Hemd sehr verwahrlost sind, ich bin aber dem Trunk ergeben und kann daher den Verdienst nicht zusammen sparen. Um einige Kleidungsstücke zu erhalten, wollte ich auf dem Hof Michelbach arbeiten.

Auf Instanz 67 erklärte Inkulp., „Ich habe gedacht, wenn mir diese Sachen bleiben, so thut es sich schon den Winter über, ohne irgendwo in Arbeit zu treten, und deswegen habe ich mich eiligst auf den Heimweg begeben, daher bin ich weder nach Föhrenthal noch nach Wildthal gegangen.“ Die nachgefolgten Verhöre vom 6., 7. und 13. Februar so wie die vom 6. und 16. März und das Schlußverhör vom 20. ej. hatten eben so wenig den Erfolg, den Inkulp. zu einem Geständniß zu bewegen.

Eine sonderbare Antwort gab Inkulp. auf Frage 279, indem er erklärte: er würde die That, obgleich er sie nicht verübt habe, dennoch eingestehen und die Strafe über sich ergehen lassen, wenn es keine Schande wäre, die Sachen gestohlen zu haben, denn vor der Strafe fürchte er sich nicht.

Als ihm gegen diesen vorgeblichen Beweggrund der Einwand gemacht wurde, daß er ja früher schon Diebstähle begangen habe, begnügte er sich mit der oft schon wiederholten Antwort:

„Ich bleibe bei meiner Angabe stehen, denn ich kann nichts anderes einbekennen.“

Im Verhör vom 16. März wurde Inkulpat unter anderm auch darüber befragt: wie es komme, daß er unwillkürlich so oft schlucken müsse.

Er gab zur Antwort: „Das Zimmer ist reinlich und ich getraue mir daher nicht auszuspeien. Im Arreste schlucke ich nicht so, weil ich dort nach Belieben ausspeien kann.“

Es wurde ihm darauf erwiedert: auch in den frühern Verhören habe man an ihm beobachtet, daß er auf wichtige Fragen immer unwillkürlich geschluckt habe. Dies sei in der Regel ein Beweis von Befangenheit und auch bei ihm der Fall, obgleich er die Rolle eines Gleichgiltigen zu spielen sich bemühe. Inkulpat gab darauf die kurze Erklärung:

„Ich weiß darauf nichts zu sagen, als daß man mir das Schlucken doch nicht verbieten wird.“

Nicht nur den Gleichgiltigen suchte Inkulpat zu spielen, sondern er stellte sich auch, als ob er von dem Tode der Moosbäuerin nichts gewußt habe, bevor das Amt ihm hievon Eröffnung machte, indem er auf die Fragen 406 und 408 anwortete:

„Ich kann hierauf nichts sagen, als Gott gebe ihr die ewige Ruhe. Jetzt nimmt es mich nicht mehr Wunder, warum so viel in dieser Untersuchung geschieht. Nur fällt mir auf, wie mir vorgehalten werden konnte, daß ich schon einmal auf dem Mooshof eingestiegen bin, wenn die Moosbäuerin bald nach der That todt aufgefunden worden, denn dieselbe war ja allein zu Hause, als ich an jenem Sonntag Morgens während des Gottesdienstes zu ihr gekommen bin.“

Von diesem Einsteigen in das Haus und der Ueberraschung der Frau durch Inkulp. wird unten bei Zusammenstellung der Anzeigen das Nähere gesagt werden.

Den 21. März hat das Landamt die geschlossenen Untersuchungsakten dem Gerichtshof vorgelegt. Demselben wurden drei Zeichnungen, Ansichten des Mooshofs und der Berganhöhe auf der hintern Seite des Hofes darstellend, beigelegt, ferner das Präparat des betreffenden Theils der Halswirbelsäule, zwei Messer und die Stiefel des Inkulpaten beigefügt.

IV. Urtheil und dessen Begründung.

Nachdem das Obergutachten des Medicinal-Referenten erhoben, die Vertheidigungsschrift des vom Inkulpat. gewählten Defensors eingereicht und Vortrag mit Instruktiv-Votum erstattet war, wurde in der Plenar-Sitzung des Gerichtshofs durch Urtheil erkannt:

Inkulpat sei des in dem Hause des Moosbauern Ignaz Rombach von Eschbach verübten Raubs mittelst Tödtung der Ehefrau desselben, unter Verschonung mit den Kosten klagfrei zu erklären, jedoch wegen Besorgniß für die öffentliche Sicherheit und gesellschaftliche Sittlichkeit zu einer zwölfjährigen Haft im Zuchthause in Mannheim zu verurtheilen.

Dieses Urtheil ist auf den vom Inkulp. ergriffenen Rekurs vom obersten Gerichtshof bestätigt worden, und zwar aus folgenden Gründen:

„Der Gehalt des von dem Angeschuldigten gegen das hofgerichtliche Urtheil ergriffenen Rekurses hängt davon ab, ob die gesetzlichen Bedingungen in vorliegendem Fall vorhanden sind, unter welchen auf einen zwölfjährigen Sicherheitsverhaft erkannt werden darf. Nach

dem §. 10 des Strafedikts wird hiezu folgendes erfordert, und zwar:

I. der Thatbestand eines die allgemeine Sicherheit oder die gesellschaftliche Sittlichkeit bedrohenden Verbrechens, zu welcher ersten Klasse das Gesetz namentlich alle vorbedachten und überlegten Angriffe auf Menschen-Leben, Menschen-Freiheit oder auf Sicherheit der Privatexistenz zählt; sodann

II. ein Verdacht gegen den, der That Angeschuldigten zum wenigsten von der Stärke, wie er nach Art. 27. der Carol. nöthig ist, um auf die jetzt abgeschaffte peinliche Frage erkennen zu können."

ad I. Das erste dieser beiden Erfordernisse ist in vorliegendem Fall unzweifelhaft vorhanden. Die Katharina Zipfel, Ehefrau des Ignaz Rombach zu Eschbach, nachdem sie am 26. Dezember v. J. während dem Vormittags-Gottesdienst, allein zu Hause geblieben war, wurde bei der nach 11 Uhr erfolgten Rückkehr ihres Mannes und der übrigen Hausangehörigen aus der Kirche in ihrer Küche todt und mit 15 Stich- und Schnittwunden am Halse, Unterkiefer und Nacken vorgefunden, welche nach ihrer Menge und Beschaffenheit nothwendig von der Hand eines Dritten herrühren mußten und von den Gerichtsärzten für unbedingt tödtlich erklärt worden sind.

Zugleich ergab sich, daß ein in der Kammer befindlicher Kasten gewaltsam erbrochen und das darin befindliche Geld und verschiedene andere Fahrnißstücke geraubt waren.

Da also nach allen Umständen der That die Tödtung der Ignaz Rombachischen Ehefrau das Mittel gewesen ist, um die fragliche Beraubung ins Werk setzen zu können, so liegt in vorliegendem Fall der Thatbestand einer vorsätzlichen Tödtung, verbunden mit Raub, oder mit andern Worten: ein Raubmord, sonach ein solches schweres Verbrechen vor, welches für die allgemeine Sicherheit höchst gefahrbringend ist.

ad II. Rekurrent, obschon er nicht nur die That, sondern auch seine Anwesenheit am Ort derselben zur Zeit der Verübung (zwischen 8 und 11 Uhr Vormittags) läugnet, hat sich nichts destoweniger derselben in hohem Grad verdächtig gemacht, und zwar sind die erheblichsten der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe folgende:

1) Rekurrent hat von seiner frühen Jugend an einen diebischen Hang bethätigt, wurde schon wegen zweiten geringen Diebstahls bestraft, ist dabei der Verschwendung, dem Trunk und Ausschweifungen mit Weibspersonen ergeben, und daher ein Mensch, dem im Allgemeinen die Geneigtheit zuzutrauen ist, sich die Mittel zur Befriedigung seiner Genüsse, wenn der gewöhnliche Verdienst dazu nicht hinreicht, auf unerlaubtem, verbrecherischem Wege zu verschaffen.

2) Aus der eidlichen Aussage des Mathäus Eckert von Mördingen ergibt sich eine Aeußerung des Rekurrenten, welche darauf schließen läßt, daß der Gedanke zu einer räuberischen Unternehmung, wie die jetzt in Frage liegende, schon längst in demselben gelegen sein möge; Eckert will nämlich ungefähr zu Anfang des Jahrs 1839 vom Rekurrenten zur Begleitung in das Thal, um dort Geld zu holen, aufgefordert worden sein, mit den Worten: er wisse dort Häuser, wo 1500—2000 fl. Geld aufbewahrt seien, sie paßten dort an einem Sonntag, wo die Leute in der Kirche seien und die Bäuerin allein zu Hause sei, auf, es sei dann leicht, mit deren Ueberwältigung sich des Geldes zu bemächtigen.

Dieser Mathias Eckert ist zwar um seiner persönlichen Verhältnisse willen kein ganz klassischer Zeuge, allein seine Angabe wird durch jene seiner Ehefrau unterstützt, nach deren Behauptung ihr Ehemann ihr die gehabte Unterredung mit dem Rekurrenten bei der Rückkehr nach Haus erzählt hat, woraus sich also wenigstens so viel ergibt, daß Eckert die erwähnte Aeußerung des Rekurrenten nicht erst nachher, nachdem die im Hause des Ignaz Rombach begangene Mordthat ruchbar geworden war, ersonnen haben könne. Auch hat der Rekurrent bei der Confrontation mit Eckert diese Aeußerung nicht geradezu in Abrede gestellt, auch nicht denselben der Unwahrheit beschuldigt, sondern nur behauptet, daß er nichts davon wisse.

3) Rekurrent ist, wie aus der Aussage des Ignaz Rombach hervorgeht, und auch durch dessen eigenes Geständniß bestätigt wird, in gedachtem Rombachs Hause wohl bekannt gewesen, derselbe schlich sich sogar im Spätjahr vorigen Jahrs an einem Samstag in gedachtes Haus ein, übernachtete auf der Heubühne, überraschte dann am andern Morgen, als die übrigen Hausbewohner in der Kirche waren, die allein zu Haus gebliebene Bäurin in ihrer Wohnstube und begab sich dann weiter, nachdem er von der Bäuerin ein Glas Branntwein erhalten hatte. Die Bäuerin erzählte nachmals ihrem Manne diesen Auftritt mit dem Bemerken, daß sie das

unvorhergesehene Erscheinen dieses Burschen sehr erschreckt habe.

4) Nach entdeckter That zeigten sich Fußtritte, und zwar von einem Menschen herrührend, welche sowohl nach dem Ignaz Rombachischen Haus, als auch von diesem aufwärts in den grundherrlich von kageneckischen Wald führten. Bei der am 2. Januar d. J. wiederholt stattgehabten Augenscheinseinnahme, wobei sich sowohl auf- als abwärts noch verdächtige Fußspuren wahrnehmen ließen, wurden die Stiefel des Rekurrenten in einen der verdächtigen und in seiner ganzen Umgrenzung noch wohl erhaltenen Fußtritte (welche gleich nach der Auffindung mit kleinen Stäben besonders bezeichnet worden waren) eingepaßt und es paßten diese Stiefel ganz genau in den Tritt, was auch noch bei zwei andern Spuren von Fußtritten der Fall war. Obschon dieses Einpassen der Fußbekleidung eines Menschen in die Spuren von Fußtritten unter Umständen ein wenig zuverläßiges Merkmal über dessen Anwesenheit an einem gewissen Ort sein kann, so gewährt doch dieser Umstand im vorliegenden Fall einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit dafür, daß solche von dem Rekurrenten herrühren, und zwar aus dem Grund, weil, wie in dem amtlichen Augenscheins-Protokoll bemerkt ist, die Stiefel des Rekurrenten nicht nach jedem Fuß gemacht sind, und daher die Tritte nicht wohl von andern Schuhen oder Stiefeln herrühren konnten.

5) Rekurrent hat sich am 26. Dezember v. J. seiner Behauptung nach Morgens um 6 Uhr, nach Angabe seiner Mutter aber schon Morgens um 4 Uhr von Haus entfernt. Wo er sich zwischen 8 und 11 Uhr, zu welcher Zeit die That geschah, herumtrieb, darüber vermochte derselbe überall keine Nachweisung zu liefern. Erst Mittags zwischen 12 und 1 Uhr sah man ihn in dem Wirthshaus zu Vörstetten, dann um 2 Uhr auf dem Wege nach Holzhausen und von da weiter nach Buchheim und Gottenheim und zuletzt in diesem Orte selbst, allwo er beiläufig Nachmittags um ½ 4 Uhr eintraf, und dort, nachdem er sich in drei Wirthshäusern umhergetrieben hatte, verhaftet wurde.

6) Ueber den Zweck seiner damaligen Entfernung von Hause vermochte Rekurrent keinen befriedigenden Beweggrund anzugeben. Seinem Vorgeben nach wollte er sich damals zu dem Hofgutsbesitzer Franz Maier in Wildthal, mit dem er 14 Tage zuvor wegen Arbeit Rücksprache genommen, begeben, um die Sache vollends in Richtigkeit zu bringen. Allein! nach Aussage dieses Franz Maier hatte derselbe mit dem Rekurrent schon 14 Tage vor Weinachten den Vertrag wegen Eintritts bei ihm als Drescher in Richtigkeit gebracht und es sollte Rekurrent nach der getroffenen Abrede gleich den andern Tag, längstens aber den zweiten Tag in Arbeit treten, derselbe erschien jedoch nicht und ließ sich auch am 26. Dezember v. J. nicht auf Maiers Hof sehen.

7) Am meisten spricht aber gegen den Rekurrenten der vollständig erwiesene Besitz der geraubten Gegenstände, verbunden mit gänzlichem Mangel an Ausweis darüber, daß er auf rechtmäßigem Wege zu diesem Besitz gelangt sei. Die geraubten Gegenstände bestunden in baarem Geld, Kleidungsstücken und einem Regenschirm. Unter dem baaren Geld befanden sich nach eidlicher Angabe des Ignaz Rombach ohngefähr 24 Kronenthaler und unter diesen waren, wie sich Rombach bei seiner zweiten Einvernahme am 2. Januar d. J. genau zu erinnern versicherte, drei badische Kronenthaler. — Außer diesen Kronenthalern waren auch noch 16 bis 20 Stücke Sechsbäzner entkommen. Dieses Geld befand sich in einer zugerollten Schweinsblase. Als Rekurrent zu Gottenheim verhaftet worden war, so wurden bei ihm 22 Kronenthaler und darunter drei badische, nebst einer Blase vorgefunden. Einen Kronenthaler hatte derselbe im Kronenwirthshaus zu Gottenheim ausgegeben.

Da also die Anzahl der beim Rekurrent vorgefundenen Kronenthaler mit dem von Ignaz Rombach angegebenen ohngefähren Betrag übereinstimmt, da das Gleiche auch in Ansehung der Gattung derselben, worunter sich die 3 badischen Kronenthaler besonders auszeichneten, der Fall ist, so kann über die Identität dieser beim Rekurrenten vorgefundenen Geldstücke mit den geraubten um so weniger ein Zweifel obwalten, als auch die beim Rekurrenten vorgefundene Schweinsblase von Ignaz Rombach für diejenige anerkannt wurde, in welcher das ihm geraubte Geld aufbewahrt gewesen war.

Daß Rekurrent bei seiner Ankunft in Gottenheim auch mit einer bedeutenden Anzahl Sechsbäznern versehen war, dieß ergibt sich aus den Aussagen des Adlerwirths Band und des Kronenwirths Streicher daselbst, von denen der erstere 4 bis 6, der Letztere aber 4 bis 5 Sechsbäzner

vom Rekurrenten bei Berichtigung seiner Zeche ausbezahlt erhielt.

Von den übrigen beim Rekurrenten vorgefundenen Gegenständen hat Ignaz Rombach, welcher gleich nach entdecktem Raub die von ihm vermißten Fahrnisse specificirt und beschrieben hatte, den Regenschirm mit blauem Ueberzug, die grün sammtne Pelzkappe, ein schwarz seidenes Halstuch, ein paar schwarz wollene Strümpfe, ein roth baumwollenes Schnupftuch und einen gestrickten wollenen Tschoben als sein Eigenthum anerkannt. Gleiches that derselbe rücksichtlich eines Hemds und eines Hosenträgers, welche zwei Gegenstände dem Ignaz Rombach bei Aufzeichnung des ihm Geraubten entgangen waren.

Auch hinsichtlich dieser bisher erwähnten Fahrnißstücke ist also die Idendität der bei dem Rekurrenten vorgefundenen Gegenstände dieser Art mit den geraubten außer Zweifel gesetzt.

Auf welche Weise nun Rekurrent zum Besitz der geraubten Gegenstände gelangt sei, darüber vermochte er sich auf eine befriedigende Weise weder auszuweisen, noch auch eine Besitzerlangung an einem andern Orte, als an jenem der verübten That auch nur einigermaßen wahrscheinlich zu machen.

Wie Rekurrent vorgibt, so hätte er, als er gegen Wildthal zugekommen, sein Vorhaben, dort in Arbeit zu treten, aufgegeben und sei weiter nach Föhrenthal zugegangen, weil er gehofft habe, dort einen höhern Lohn zu erhalten.

Auf dem Wege dahin, in der Nähe eines auf dem Eigenthum des Bauern Johann Flamm von Föhrenthal befindlichen Brunnens, habe er vom Schönhof her einen Burschen ihm entgegen kommen gesehen, der sich hinter die dort befindlichen Hecken begeben und sich gleichsam verborgen habe.

Da ihm dieses Benehmen verdächtig vorgekommen, so sei er auf ihn zugegangen. Kaum aber habe er, Rekurrent, sich 10 Schritte vom Brunnen entfernt gehabt, als der Bursche davon, und in den Wald hinein gesprungen sei, woher er gekommen wäre. Nachdem er, Rekurrent, nun zu dem Platz gelangt sei, auf welchem der Bursche sich befunden habe, so habe er dort die bei ihm gefundenen Gegenstände liegen gesehen, habe sich solche zugeeignet und anstatt den Weg nach Föhrenthal weiter fortzusetzen, alsbald den Rückweg rechts an Wildthal vorbei nach Gundelfingen und von da nach Vörstetten angetreten, in welch letzterm Orte er eingekehrt wäre.

Dieses Zusammentreffen mit dem fremden, unbekannten Burschen soll an dem befragten Tag Mittags ungefähr um 12 Uhr stattgefunden haben.

Diese vorgegebene Art der Besitzerlangung entbehrt jedoch aller Glaubwürdigkeit; denn

a) ist überall nicht dargethan, daß Rekurrent zu der angegebenen Tageszeit auf dem Weg von Freiburg her in der Nähe von Wildthal angelangt sei, und von dort aus seinen Weg nach Förenthal genommen habe, da ihn Niemand in dieser Richtung hat gehen sehen und er an jenem Tage zuerst Mittags zwischen 12 und 1 Uhr im Wirthshaus zu Vörstetten bereits im Besitz der fraglichen Gegenstände gesehen wurde.

b) Ueberdieß steht diese vorgegebene Art des erlangten Besitzes mit der ersten Angabe des Rekurrenten, als er nach seiner Verhaftung zu Gottenheim am 28. Dezember v. J. bei dem Amt Breisach einvernommen wurde, geradezu im Widerspruch; denn damals sprach er sowohl das bei ihm vorgefundene Geld als auch die übrigen Fahrnisse als sein Eigenthum an, wovon er das Erstere im Laufe des vorigen Jahrs durch Maurerarbeit verdient, von den Fahrnissen aber die Kappe und den Hosenträger in Freiburg auf der letzten Messe gekauft haben wollte. Erst als auch die übrigen vom Rekurrenten nach Gottenheim gebrachten Gegenstände, von denen ein Pack im Kronenwirthshause daselbst abhanden gekommen war, wieder zum Vorschein kamen, und Rekurrent auch über diese Gegenstände vom Amt Br. am 29. Dezember constituirt wurde, nahm derselbe zu der Erzählung des Zurücklassens dieser Effecten, zwischen Wildthal und Föhrenthal, durch einen ihm unbekannten Burschen seine Zuflucht, nachdem er unterdessen vermuthet haben mochte, daß der Untersuchungsrichter darüber, woher eigentlich diese Gegenstände stammten, bereits Kenntniß erlangt habe und er daher rücksichtlich des anfänglich von ihm behaupteten Eigenthums leicht der Lüge werde überführt werden können. Hiezu kommt aber hauptsächlich noch

c) daß die Erzählung des Rekurrenten über die Besitzerlangung schon nach den einzelnen Umständen, unter denen sie stattgefunden haben soll, alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat und unverkennbar das Gepräge der Erdichtung an sich trägt.

Nach der Behauptung des Rekurrenten kam er dem angeblich von ihm betroffenen Burschen nicht näher als auf 200 Schritte, und nachdem dieser die Flucht ergriffen haben soll und Rekurrent ihm auf einem kürzern Weg nachgegangen sein will, so soll sich der fremde Bursche gegen ihn gestellt und etwas ausstreckend dem Rekurrenten zugerufen haben: „Komm jezt, wenn Du etwas willst!"

Weil nun Rekurrent einen Schuß besorgt haben will, so will er sich nicht getraut haben, den Burschen weiter zu verfolgen.

Dieser ganze vorgegebene Verlauf der Begebenheit spricht für deren Unwahrscheinlichkeit von selbst, denn da Rekurrent dem Burschen nicht näher als auf 200 Schritte gekommen sein will, da nach eigener Angabe des Rekurrenten der Bursche sich nichts weniger als furchtsam benommen, vielmehr gegen den Rekurrenten sich gestellt und ihn dadurch von der weitern Verfolgung abgehalten haben soll, so ist nicht abzusehen, was den Burschen zur eiligen Fluchtergreifung mit Zurücklassung der Effekten hätte veranlassen können, da er bei der angegebenen Entfernung des Rekurrenten von ihm zur Mitnahme derselben noch Zeit genug gehabt hätte; es ist ferner nicht einzusehen, warum der Bursche sich erst nach Zurücklassung der Effekten gegen den Rekurrenten gestellt haben sollte und nicht schon vorher, um deren Besiz zu vertheidigen; am wenigsten ist aber glaubhaft, daß der Bursche sogar das Geld, welches sich ohne Belästigung und ohne die Flucht zu erschweren mit fortnehmen ließ, solle im Stich gelassen haben, so wie es überhaupt schon an sich befremdend ist, daß der Bursche das Geld sollte in der Kappe liegen gehabt und nicht bei sich in der Tasche getragen haben.

Endlich vermehrt sich

8) der aus den bisher angegebenen Thatumständen gegen den Rekurrenten hervorgehende Verdacht auch noch dadurch, daß derselbe, wie er geständig ist, zu Gottenheim vorgab, an jenem Tag von Triberg zu kommen, woselbst er von einem Kameraden zwei Hemder abgeholt habe, welcher Umstand Grund zu der Vermuthung gibt, daß Rekurrent durch das Bewußtsein, an jenem Tage eine unrechte That begangen zu haben, sich veranlaßt gesehen haben möge, den eigentlichen Ort, welcher damals sein Reiseziel gewesen ist, zu verläugnen und einen falschen Ort anzugeben.

Unter den bisher angegebenen Verdachtsgründen ist der Besiz der geraubten Gegenstände, verbunden mit dem Mangel eines Ausweises über den rechtmäßigen Erwerb, nach Art. 38 der Carolina eine nahe Inzicht, welche nach Art. 33 für sich allein schon zur Erkennung auf die peinliche Frage hinreichte.

Da nun mit dieser nahen Inzicht noch verschiedene andere, zwar entferntere, aber immerhin sehr erheblich zu deren Unterstützung gereichende Verdachtsgründe zusammentreffen, so sind im vorliegenden Fall sowohl in objektiver als auch in subjektiver Beziehung die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden, unter welchen auf einen Sicherheitsverhaft erkannt werden darf.

Dieser Sicherheitsverhaft soll nach §. 10 des Strafedikts die Hälfte jener Strafzeit nicht übersteigen, welche den Thäter im Fall der Ueberweisung des ihm angeschuldigten Verbrechens getroffen haben würde. Zum Erkenntniß auf die längste Zeitdauer, für welche der Sicherheitsverhaft angeordnet werden darf, ist im vorliegenden Fall aller Grund vorhanden, da ein Verbrechen solcher Art in Frage liegt, wodurch die öffentliche Sicherheit auf das äußerste gefährdet wird. Die ordentliche Strafe, womit dieses Verbrechen gesetzlich bedroht ist, ist die Todesstrafe.

Nimmt man nun als Maßstab für die Dauer des Sicherheitsverhafts lebenslängliches Zuchthaus als die der Todesstrafe am nächsten stehende Strafe an, so ist mit Rücksichtnahme auf die im §. 40 der Erläuterungen des Strafedikts festgesetzte Regel, daß selbst der dem lebenslänglichen Zuchthaus nächststehende Strafgrad wenigstens in 10 Jahren bestehen müsse, und nach der nach dem Alter des Thäters zu bemessenden Lebenswahrscheinlichkeit bedeutend höher ansteigen könne, bei dem erst 33-jährigen Lebensalter des Rekurrenten eine zwölfjährige Dauer des Sicherheitsverhafts nicht für zu hoch und nicht das gesetzliche Maß als überschreitend zu erachten. Da Rekurrent schon zweimal wegen Diebstählen bestraft und daher keine unbescholtene Person mehr ist, so ist er auch nicht dadurch beschwert, daß nach dem hofgerichtlichen Urtheil, resp. nach der hierüber in den Entscheidungsgründen enthaltenen Erläuterung, dessen Verhaftung im Zuchthaus stattfinden soll.

V. Nachtrag.

Obigen, in den Entscheidungsgründen zusammen gestell-

ten Indicien können aus den Akten noch weitere beigefügt werden.

9) Das Zeugniß der Bürger Joseph Andris und Johann Andris mit des erstern Sohn Fridolin von Wittenthal, denen an jenem Stephanstage in der Frühe nach 7 Uhr, als sie nach Kirchzarten in den Gottesdienst gingen, ein Mensch begegnete, der ihnen in einiger Entfernung, in einem Bogen sich bewegend, auswich und am Wege nach Eschbach stehen blieb. Von dieser Stelle aus kann man in einer halben Stunde bis zur Waldspitze, oder der auf dem Plane bezeichneten Berghalde gelangen und daselbst auf den Mooshof und in das Thal hinab nach allen Seiten sehen. Wegen der Entfernung und dem finsteren Wetter konnten die Zeugen den Menschen nicht genau, besonders nicht im Gesichte erkennen, doch nahmen sie so viel wahr, daß er groß und stämmig war, keinen Rock sondern ein kurzes Kamisol und lange Hosen auf dem Leibe trug, überhaupt dunkel gekleidet war.

Diese, obgleich unvollständige Beschreibung stimmt mit der Statur und Kleidung des Inkulpaten überein. Insbesondere gab Joseph Andris nach der Beeidigung, als Inkulpat ihm vorgestellt war, an, daß derselbe seiner Größe und Stärke nach demjenigen Menschen gleiche, der ihnen auf der Wittenthaler Straße begegnet und ausgewichen ist, und daß er aller Wahrscheinlichkeit nach die nämliche Person sei.

10) Inkulpat hat am nämlichen Tage bei seiner Ankunft in Gottenheim vergeblich Versuche gemacht, bei dem Krämer Schwenninger und bei dem Adlerwirth badische Guldenstücke, gegen seine Kronenthaler einzuwechseln.

11) Daselbst Abends ist sein Betragen in den Wirthshäusern Jedermann der Anwesenden aufgefallen. Seine Gemüthsunruhe offenbarte sich in Mienen, Geberden und Reden; vergebens suchte er sie durch zudringliche Freigebigkeit gegen andere Gäste, durch Berauschung mit rothem und weißem Weine, und durch gezwungene Munterkeit zu ersticken. Auf die That von Eschbach deuten insbesondere seine Aeußerungen zu den ledigen Burschen: „Ich bin ein Busel-Metzger. Ich habe heute auch schon ein Busele gemetzelt. Es thut ihr nichts.“ Seine auf Befragen gegebene Erklärung über den Sinn dieser Rede: „Ich bin bei einem Mädle gelegen,“ läßt sich mit der Aeußerung selbst nicht wohl vereinbaren. Das Wort „metzgen“ ist gleichbedeutend mit schlachten oder umbringen, und daß er es in dieser Bedeutung gesprochen habe, wird um so wahrscheinlicher, da er bald hernach im Bürgergefängniß zu dem Wächter von „Eschbach“ geredet hat, obgleich der daselbst begangene Raubmord damals in Gottenheim noch nicht bekannt war und der Wächter ihm keinen Anlaß gab, von Eschbach zu reden. Von dem Inhalt der Rede erinnert sich übrigens der Wächter nur so viel, daß Inkulpat angeblich in Eschbach gearbeitet habe.

12) Die Befangenheit und Gewissensunruhe des Inkulpaten haben sich auch während der Untersuchung in den Verhören durch Widersprüche und seltsame Antworten auf manche Fragen, insbesondere auch durch sein auffallendes Schlucken bei wichtigern Instanzen gezeigt.

(Schluß folgt.)

Druckfehler.

Bei Nr. 19 sind die unrichtig angegebenen Seitenzahlen 126—132 in 134—140 umzuändern.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: C. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. **Nro. 39.** Karlsruhe, den 25. September 1847.

I.

Raubmord. Klagfreierklärung mit Detention.

(Schluß.)

VI. Beurtheilung.

In meinem über diesen Criminalfall dem Gerichtshofe erstatteten Vortrage habe ich meine Ueberzeugung von der Schuld des Inkulpaten ausgesprochen, gleichwohl wegen den Bedenklichkeiten, die man bei unsern Gerichtshöfen gegen die Verurtheilung auf Indicien bei so schweren Verbrechen gewöhnlich hegt, den Antrag auf jenes Urtheil gestellt, das der Gerichtshof in der Plenar-Sitzung gefällt und das Oberhofgericht — soweit dagegen v. Inkulpaten appellirt war — bestätigt hat. Bei Ermanglung eines direkten Beweises über den subjektiven Thatbestand entsteht die Frage: ob durch die vorhandenen Anzeigen ein voller künstlicher Beweis hergestellt sei oder nicht? Meiner Ansicht nach ist die Frage zu bejahen.

Unter den vielen Anzeigen ist der Besitz der geraubten Gegenstände, über dessen rechtmäßigen Erwerb der Angeschuldigte sich nicht ausweisen kann, als eine s. g. nahe („redlich und genugsame Anzeigung") im Gesetz hervorgehoben und macht einen halben Beweis aus. Zur Ergänzung des Beweises wird also noch die Hälfte, oder noch eine nahe Anzeige erfordert. Sieht man die übrigen hier erhobenen Anzeigen alle nur für s. g. entfernte (ind. remota) an, so ist die Bestimmung der Karol. Art. 27 zur Richtschnur zu nehmen, wornach bei dem Zusammentreffen „etlicher der im Gesetze angeführten oder auch sonstiger arkwonigen Theil oder Stück" das richterliche Ermessen zu entscheiden hat: ob sie zusammen eine nahe Anzeige bilden. Betrachten wir nun die vorliegenden Verhältnisse und Thatsachen, welche der Unschuld des Verhafteten entgegen stehen, in ihrer Reihenfolge und ziehen dann den Schluß über ihre Stärke im Zusammenhang. Sie sind 1) der schlechte Leumund des Angeschuldigten überhaupt, 2) insbesondere seine Neigung, fremdes Gut sich zuzueignen, 3) seine Gewohnheit, öfter ein offenes Messer bei sich zu tragen und im Streit gegen seinen Gegner zu führen. Dieser Leumund, Neigung und Gewohnheit stellen uns den Inkulpaten als einen Menschen dar, dem man die in Frage stehende That zutrauen kann, um so mehr 4) in seinem Zustande der Entblößung an Geld, Kleidung und Leibwäsche und 5) bei seinem Hange zum müßigen Herumziehen. 6) Sein dem Mathias Eckert gemachter Vorschlag zu einer räuberischen Unternehmung, wie die in Eschbach verübte, 7) seine genaue Bekanntschaft in der Gegend und besonders mit der Lokalität des Mooshofs, so wie mit den Bewohnern und ihren Verhältnissen, namentlich auch mit der Sitte, wornach an Sonn- und Feiertagen während dem Vormittags-Gottesdienste die Hausfrau allein auf dem Hofe blieb und in der Küche das Mittagessen bereitete. 8) Die freche Thatsache, daß er im Spätjahr zuvor schon einmal in den Mooshof einstieg und an einem Sonntag Morgen unter dem Gottesdienste die nämliche Frau in ihrer Einsamkeit überraschte und nach einem erhaltenen Trunke sich fortbegab. 9) Am Tage des Raubmords sein früher Ausbruch von Haus weg, nach der Aussage seiner Mutter um 4 Uhr, mit der auf Befragen ihr ertheilten Antwort, daß er ins Thal gehen werde. 10) Das Zeugniß der Bürger Joseph und Johann Andris mit des erstern Sohne Fridolin von Wittenthal begründet die Vermuthung für die Idendität des Inkulp. mit jenem Menschen, der an jenem Stephansmorgen beiläufig um 7 Uhr auf ihrem Gange in die Kirche ihnen begegnet, aber in einem Bogen sich bewegend ausgewichen und auf dem Wege nach Esch-

bach stehen geblieben ist. 11) Diese Vermuthung verstärkt sich durch das Ortsverhältniß, indem man von diesem Standpunkte aus und in jener Richtung auf die Berghalde gelangt, von welcher man in das Thal hinab auf den Mooshof und nach allen Seiten hin sehen kann, ferner 12) durch die Uebereinstimmung der Fußtritte von der Berghalde herab bis zum Mooshof und zurück aufwärts mit den Stiefeln des Inkulpaten. 13) Diese Spuren aufwärts zeigen auch die Richtung, in welcher Inklp. auf dem Rückweg nach Gundelfingen gekommen ist. 14) Sein Geständniß selbst über den Gang und Aufenthalt an jenem Morgen in der Gegend von Eschbach herum, namentlich im Föhrenthal, zugleich auch 15) seine Widersprüche und unwahre Angaben über Zweck und Richtung seines Ganges in's Thal, so wie insbesondere 16) das falsche Vorgeben seiner Rückkunft von Triberg. 17) Sein Versuch, in Gottenheim die geraubten Kronenthaler gegen Guldenstücke auszuwechseln, so wie endlich 18) sein Betragen und seine Aeußerungen in den dasigen Wirthshäusern, im Ortsgefängniß u. s. w. Alle diese Verhältnisse und Thatsachen bilden in ihrem Zusammenhange — abgesehen vom Besitz — schon eine große Wahrscheinlichkeit oder starke Vermuthung (gleich einem halben Beweise wenigstens) gegen den Angeschuldigten, und durch Hinzurechnung der andern gesetzlich nahen Anzeige des Besitzes wird ein vollständiger Beweis hergestellt.

Es ist jedoch die Reflexion des Richters bei Beurtheilung der künstlichen Beweismomente nicht sowohl eine Zusammenzählung und Schätzung derselben nach der Größe der Zahl, als vielmehr eine Prüfung ihres Zusammenhangs unter sich und ihrer Beziehungen zur verbrecherischen That selbst. Bei diesem Akt der richterlichen Thätigkeit in vorliegendem Falle kommt man zur vollen Ueberzeugung von der Schuld des Beinzichtigten, denn man kann sich die Handlungen desselben unmittelbar vor — und nach dem Verbrechen, die aufgefundenen Merkmale und insbesondere den Besitz der geraubten Gegegenstände vernünftiger Weise nur im Zusammenhange mit dem Raubmorde selbst erklären.

Daß nicht blos eine s. g. moralische Ueberzeugung von dem Urheber der That bei mir vorwalte, sondern auch eine juridische Gewißheit vorhanden sei, kann durch positive Beweisnormen dargethan werden. Da unser Strafedikt solcher Normen über den Indicienbeweis ermangelt, so berufe ich mich auf die Bestimmungen hierüber in der neuen Strafproceßordnung §§. 261 und 262. Darnach kann die Ueberweisung des Angeschuldigten durch „bloße Anzeigungen" hergestellt werden, wenn

a) der Thatbestand (corpus delicti) durch unmittelbare Beweismittel allein oder in Verbindung mit übereinstimmenden Anzeigungen hergestellt ist;

b) wenn der Angeschuldigte eine Person ist, zu der man sich nach ihrem frühern Lebenswandel, oder ihren persönlichen Eigenschaften, oder ihren besondern Beweggründen zur That, des Verbrechens, dessen sie beschuldigt ist, versehen kann;

c) wenn mehrere Anzeigungen gegen denselben, deren jeder eine besondere Thatsache zum Grunde liegt, zusammentreffen, und diese Thatsachen nicht selbst auf Anzeigungen beruhen.

Alle diese gesetzlichen Bedingungen sind hier vereinigt; es ist nämlich ad a) der Thatbestand des Raubmords durch unmittelbaren (direkten) Beweis — durch Zeugnisse, durch gerichtlichen Augenschein, gerichtsärztlichen Erfund und Gutachten — in vollkommene Gewißheit gesetzt; es ist ad b) der Angeschuldigte eine bescholtene Person, nach deren Charakter, frühern Aufführung und Beweggründe man ihr die That wohl zutrauen kann; ad c) sind nicht nur mehrere, sondern eine ganze Reihe — worunter eine gesetzlich nahe Anzeige des Besitzes — von Thatsachen erhoben, die zusammen wenigstens zwei nahe Anzeigen, daher einen vollen (künstlichen) Beweis herstellen.

Vergleicht man das Oestreichische Strafgesetzbuch, so gelangt man zu dem gleichen Resultat.

„§. 412. Damit die rechtliche Ueberweisung eines die That läugnenden Verbrechers aus dem Zusammentreffen der Umstände entstehen könne, müssen folgende Erfordernisse miteinander verbunden sein:

1) Es muß rechtlich bewiesen sein, daß die That sich wirklich ereignet habe, und mit den bestimmten Umständen begleitet gewesen sei. Wenn also die That mit ihren Umständen vollkommen zu beweisen nicht möglich ist, kann auch die Ueberweisung aus dem Zusammentreffen der Umstände nicht statt haben.

2) Aus der Verbindung der durch die Untersuchung aufgeklärten Verhältnisse muß sich eine so nahe, so deutliche Beziehung der geschehenen That auf die beschuldigte

Person zeigen, daß, wenigstens nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe menschlicher Handlungen unmöglich zu begreifen ist, daß ein anderer, als eben nur der Beschuldigte, in so naher Gelegenheit, bei solchem Anlasse und in dieser Bestimmung sich befunden habe."

ad 1) ist ein Erforderniß, welches auch — wie oben ersichtlich — das badische neue Gesetz vorschreibt.

ad 2) ist ein Grundsatz ausgesprochen, den man mit andern Worten oder Ausdrucksweisen auch in den Lehrbüchern des Strafrechtsprocesses über den Indicienbeweis findet. Man sehe hierüber Grolmann §. 448 und 451 b. Tittmann §. 867. Stübel über den Thatbestand ꝛc. §. 257 und f.

Sodann führt das Gesetzbuch einzelne „Umstände" als Anzeigen auf, welche theils den Verbrechen überhaupt gemeinschaftlich, theils dem Verbrechen der Tödtung oder Körperverletzung eigenthümlich sind, und verordnet dabei, daß wenistens zwei solcher „Umstände" auf den Beschuldigten zutreffen müssen, daß aber in einem Falle, wo dessen Verantwortung gegen die Anzeigen offenbar falsch befunden werde, bei jeder Gattung von Verbrechen auch nur einer der erwähnten Umstände zur Ueberweisung des Angeschuldigten hinreiche, vorausgesetzt jedoch, daß der Beschuldigte ein Mensch ist, zu dem man sich der That versehen kann. Unter den im Gesetz genannten „Umständen" ist das Antreffen der Gegenstände des Verbrechens bei dem Inkulpaten in unserm Falle vorzugsweise zu beachten, weil die Verantwortung desselben über diese Anzeige offenbar falsch, daher nach der Bestimmung des Gesetzes dieser Umstand allein schon zur Ueberweisung des Inkulp. für genügend zu erachten ist, eines Menschen, zu dem man sich seines schlechten Leumunds und der Triebfeder wegen der That wohl versehen kann. Dazu kommt hier aber noch eine Reihe anderer (oben erwähnter) Umstände, welche, wenn sie auch nicht wörtlich den im Gesetz benannten gleich lauten, doch dem Wesen nach zum Theil ihnen gleich gelten, die obige Anzeige unterstützen und sie sogar zur Evidenz erheben. Donsbach.

II.

Entscheidungen der französischen Gerichte.

Handelsgesellschaften.

Handelsgesellschaften gelten als moralische Personen, welche ein eigenes Vermögen haben können, das zunächst zur Zahlung der Gesellschaftsschulden zu verwenden ist. Die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter können auf dieses Vermögen nur insofern greifen, als den Gesellschaftern selbst, nach Zahlung der Gesellschaftsschulden, Etwas übrig bleibt. Man pflegt daher zu sagen, die Gläubiger der Gesellschaft haben ein Vorzugsrecht vor den Gläubigern der einzelnen Gesellschafter, wiewohl dieser Ausdruck nicht ganz richtig ist, indem in beiden Fällen die Personen der Schuldner verschieden sind: in dem einen Fall haftet die Gesellschaft als moralische Person mit ihrem gesammten Vermögen, in dem andern der einzelne Gesellschafter, welcher zwar einen ideellen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen hat, jedoch diesen nur in soweit in Anspruch nehmen kann, als wirkliches Vermögen vorhanden ist, mithin deducto aere alieno. Umgekehrt haften aber die einzelnen Theilhaber einer offenen Handels-Gesellschaft solidarisch für alle Gesellschaftsschulden, weshalb die Gläubiger der Gesellschaft auf das Vermögen der einzelnen Gesellschafter greifen, und hier mit den Gläubigern derselben concurriren können. Wenn jedoch bei Constituirung einer Gesellschaft die durch das Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden, so soll nach Art. 42 die Gesellschaft „unter den Gesellschaftern" (à l'égard des interessés) nichtig sein. Die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung bietet jedoch die größten Schwierigkeiten. Hat nämlich eine Gesellschaft viele Jahre bestanden, in dieser Zeit viele Geschäfte gemacht, und ist sie mit vielen Personen in Verkehr gewesen, so können diese Verhältnisse nicht plötzlich wegen Nichtigkeit der Gesellschaft ignorirt werden; auch schien man bei Abfassung des code diesen Mißstand wohl einzusehen, der durch die Vorschrift der Ordonanz von 1673, welche bei Nichtbeobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten unbedingte Nichtigkeit androhte, eingetreten war. Aber statt nach dem Vorschlag von Regnault und Cambacérès das alte System ganz zu verlassen, und nur Geldstrafen auf Unterlassung der gesetzlichen Förmlichkeiten zu setzen, wodurch alle Schwierigkeiten vermieden worden worden wären, hat man ein von Treilhard vorgeschlagenes Auskunftsmittel ergriffen, und bestimmt, daß die Nichtigkeit von den Gesellschaftern dritten Personen nicht entgegen gehalten werden könne. Dabei hat man freilich an den Fall nicht gedacht, wenn

die Interessen dritter Personen selbst, z. B. der Gläubiger der Gesellschaft und der Gläubiger der einzelnen Gesellschafter einander gegenüber stehen. Die erstern sind dabei interessirt, daß die Gesellschaft trotz der Nichtigkeit für bestehend angesehen werde, weil sie vorzugsweise aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden, während umgekehrt die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter dabei interesirt sind, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt, und das Vermögen unter alle Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen vertheilt werde. Wie ist in diesem Fall zu entscheiden? Diese Frage kam bei den französischen Gerichten schon mehreremal zur Sprache, und wurde in der letzten Zeit zum Nachtheil der Gesellschaftsgläubiger entschieden. Der letzte Fall dieser Art wird in *Sirey* Jahrgang 1846, erster Theil, S. 681 — 88, mitgetheilt, und ist darum besonders interessant, weil der berühmte Rechtsgelehrte Troplong, der ein sehr geschätztes Werk über Gesellschaften herausgegeben hat, Berichterstatter bei dem Cassationshof war.

Damour und Gallet hatten im Jahr 1839 eine offene Gesellschaft begründet. Diese wurde aber den 2. Sept. 1844 aufgelöst, und den Gläubigern der Gesellschaft alle Aktiva abgetreten. Hiergegen machten zwei Gläubiger des Damour Einsprache, indem sie behaupteten, die Gesellschaft sei wegen Nichtbeobachtung einer der gesetzlichen Förmlichkeiten nichtig, die Gesellschaftsgläubiger hätten deshalb keinen Vorzug auf das Gesellschaftsvermögen, dieses müsse vielmehr unter alle Gläubiger gleichheitlich getheilt werden. Diese Einsprache wurde sowohl von dem Handelsgericht, wie auch von dem Appellationsgericht in Lyon (30. April 1845) für begründet erkannt, und das dagegen ergriffene Rechtsmittel der Cassation den 18. März 1846 verworfen, „weil die persönlichen Gläubiger zu den Interessenten gehören, welche nach Art. 42 die Nichtigkeit einer Handelsgesellschaft geltend machen können, weil ferner dritte Personen, welche mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung getreten sind, sich vorher von dem legalen Bestehen derselben hätten überzeugen können, wenn sie dies aber unterlassen haben, sich über die Folgen ihrer eigenen Nachlässigkeit nicht beschweren können, wogegen die persönlichen Gläubiger kein Mittel haben, sich dagegen zu schützen, daß ihr Schuldner einen Theil seines Vermögens in eine Gesellschaft einlege, und ihnen ebendadurch entziehe u. s. w."

Man wird wohl bemerken, daß der Cassationshof seine Entscheidung durch zwei verschiedene Gründe motivirt hat, von denen der erste dem Wortlaut des Artikels 42, der zweite aber der Billigkeit entnommen ist. Der erste Grund wird bei uns in Baden keine Anwendung finden können, weil die Worte „à l'égard des intéressés" in unserm Gesetzbuch in einer andern Fassung wiedergegeben sind, so daß Niemand als die Gesellschafter selbst, mithin nicht die Gläubiger derselben, darunter verstanden werden können. Auch scheint mir, daß Brauer hierin dem Geist des Gesetzes näher getreten ist als selbst der Cassationshof. Man kann sich davon überzeugen sowohl aus den Diskussionen bei Locré ad art. 42, wie auch aus der Fassung des Art. 42 selbst. Aus den Diskussionen geht hervor, daß man unter intéressés Niemand als die Gesellschafter verstanden, und ihnen alle Andern als dritte Personen (tiers) gegenüber gestellt hat. Die Absicht ging dahin, die Gesellschafter für die Uebertretung des Gesetzes zu strafen, aber andere Personen nicht unter dieser Strafe leiden zu lassen. Troplong sagt freilich in seinem Bericht, das Gesetz unterstelle, dergleichen Gesellschaften seien in böser Absicht eingegangen und darum nichtig, wie Berlier bei den Diskussionen angeführt habe; diese Ansicht ist sogar in die Entscheidungsgründe des Cassationshofs übergegangen, indem es dort heißt, „eine Gesellschaft, bei welcher die gesetzlichen Vorschriften nicht beachtet wurden, sei schon darum verdächtig." Wenn man aber auch dies zugeben wollte, wiewohl aus den Diskussionen im Ganzen hervorgeht, daß die Nichtigkeit als eine Strafe, nicht als Folge einer praesumtio doli mali eintreten sollte, so kann selbst diese Unterstellung einer fraudulösen Absicht nur die Gesellschafter selbst, keineswegs aber die Gesellschaftsgläubiger treffen, weshalb auch dieses Argument nicht anschlägt. Ich glaube daher, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Nichtigkeit wegen Nichtbeobachtung der Vorschriften des Art. 42, nur unter den Gesellschaftern selbst eintreten sollte. Für diese Ansicht scheint auch der Schlußsatz des Art. 42:

> le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés,

zu sprechen. Denn dieser Satz enthält die Antithese des vorhergehenden, und soll verhüten, daß dritte Personen unter einem Fehler der Gesellschafter leiden. So wie nach Art. 1125 des Civilgesetzbuchs Minderjährige, Ent-

mündigte oder Ehefrauen allein berechtigt sind, wegen Nichtbeobachtung der zu ihrem Schutz eingeführten Förmlichkeiten ein Rechtsgeschäft anzufechten, deren Mitcontrahenten aber diesen Mangel nicht geltend machen können, so soll in unserm Fall umgekehrt die Strafe der Nichtigkeit nur diejenigen treffen, welche die gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet haben, keineswegs aber dritte Personen. Die folgerichtige Anwendung dieses Princips führt dahin, daß, wenn unter dritten Personen Streit entsteht, Keinem von ihnen die Nichtigkeit entgegen gesetzt werden kann. Auch scheint mir dieses allein der Gerechtigkeit zu entsprechen, da Niemand für Fehler, die ein Anderer gemacht hat, verantwortlich gemacht werden soll. Der Cassationshof selbst hat in einem andern Fall, wo es sich nicht um das Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger handelte, die Einrede der Nichtigkeit, welche von den Gläubigern eines einzelnen Gesellschafters vorgebracht wurde, verworfen:

Die Kinder des im Jahr 1812 verstorbenen Handelsmanns Moisson in Caen hatten ein Cirkular erlassen, worin sie ankündigten, daß sie das Geschäft ihres Vaters für gemeinschaftliche Rechnung fortsetzen würden. Sie hatten aber keinen Gesellschaftsvertrag gemacht, noch weniger die Vorschriften des Art. 42 beobachtet. Im Jahr 1837 wurde gegen diese Gesellschaft Gant erkannt. Einer der Gesellschafter, Melidor Moisson, welcher ein besonderes Geschäft für sich führte, wurde im Jahr 1839 vergantet. In dieser Gant liquidirten die syndics der Gesellschaft, weil Melidor als Gesellschafter sammtverbindlich für alle Schulden der Gesellschaft haften müsse. Dem wurde die Einrede der Nichtigkeit der Gesellschaft aus Artikel 42 entgegengehalten. Hier standen also die Gläubiger der Gesellschaft, den Gläubigern des einzelnen Gesellschafters gegenüber. In erster Instanz wurde durch Urtheil vom 3. Februar 1841 die Einrede der Nichtigkeit für begründet erkannt, und dem gemäß die Liquidation abgewiesen. Aber die Cour royale de Caen erkannte den 8. März 1842 abändernd, und ließ die Liquidation zu, ohne jedoch den Gesellschaftsgläubigern irgend ein Vorzugsrecht zuzuerkennen.

Siery 1842 II. 337.

Gegen diese Entscheidung wurde Cassation gesucht, aber dieses Rechtsmittel den 22. März 1843 verworfen, wobei merkwürdiger Weise als Entscheidungsgrund angeführt wird, daß, wenn auch Art. 42 solche Gesellschaften, welche nicht in gesetzlicher Weise veröffentlicht wurden, für nichtig erklärt, diese Nichtigkeit nur unter den Gesellschaftern eintritt, nicht aber dritten Personen, die in gutem Glauben waren, entgegen gesetzt werden kann. *Sirey* 1844 I. 759—63.

Man sollte nun glauben, diese Entscheidung sei in direktem Widerspruch mit der vorhergehenden. Denn sobald man anerkennt, daß die Gesellschaft, dritten Personen gegenüber, als bestehend angesehen werden muß, so haftet sie mit ihrem eigenen Vermögen zunächst ihren Gläubigern, woraus denn nothwendig folgt, daß die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter erst nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger irgend einen Anspruch an das Gesellschaftsvermögen machen können. Diese Consequenz wollen jedoch die französischen Gerichte nicht allein nicht gelten lassen; der Cassationshof ist sogar in seinem Urtheil vom 13. Februar 1821 (*Sirey* 1822 I. 330) so weit gegangen, den Gläubigern des einzelnen Gesellschafters ein Vorzugsrecht vor den Gesellschaftsgläubigern einzuräumen. Pardessus Nr. 1010 scheint diese Ansicht zu billigen; ebenso Broicher und Grimm ad art. 42. Nr. 2. Sie ist aber in neuerer Zeit gänzlich aufgegeben worden, wie die oben angeführten Urtheile des Cassationshofs, wenn auch nicht geradezu, doch indirekt darthun. In folgendem Fall wurde aber diese Frage geradezu entschieden:

Unter Lasnier und Vattier bestand mehrere Jahre eine offene Handels-Gesellschaft, die jedoch nicht in gesetzlicher Weise veröffentlicht war. Als diese in Gant gerieth, entstand ein Rechtsstreit zwischen der Ehefrau des Lasnier, welche für ihr Einbringen vorzugsweise Befriedigung verlangte, und den Gesellschaftsgläubigern, welche sie von dem Gesellschaftsvermögen gänzlich ausschließen wollten. Die Cour roy. de Rouen entschied den 10. Dezember 1839, daß in Bezug auf den Antheil des Lasnier seine Frau mit den Gläubigern konkurrire, daß aber der Antheil des Vattier zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger allein zu verwenden sei.

Sirey 1840 II. 118.

Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheil sind sehr interessant, weshalb ich sie im Auszug hier mittheile:

Die Nichtbeobachtung der Vorschriften des Art. 42 kann von jedem Interessenten geltend gemacht werden,

mithin auch von den Gläubigern eines einzelnen Gesellschafters. Frau Lasnier, als Gläubigerin ihres Mannes für den Betrag ihres Einbringens, hat daher das Recht, die Richtigkeit der zwischen ihrem Mann und Battier bestandenen Gesellschaft, geltend zu machen, und ihre Befriedigung aus dem Antheil ihres Mannes an dem Gesellschaftsvermögen zu verlangen. Dagegen können aber die Gläubiger der Gesellschaft die notorische Existenz der Gesellschaft, und folgeweise einen Anspruch auf Befriedigung aus deren Aktivvermögen geltend machen. Bei diesem Conflikt der Interessen zwischen dem Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters und den Gesellschaftsgläubigern können nur die allgemeinen Grundsätze und die Regeln der Billigkeit zur Entscheidung dienen. Da nun, der Frau Lasnier gegenüber, nur ihr Ehemann als Schuldner erscheint, dagegen den Gesellschaftsgläubigern alle Gesellschafter sammtverbindlich haften, so hat in Bezug auf den Antheil des Lasnier dessen Ehefrau mit den Gläubigern zu konkurriren „dagegen aber ist der Antheil des Battier den Gläubigern allein zuzuscheiden."

Dr. Ladenburg.

III.

Wenn der Vorsteher eines Kollegiums (hier der Pfarrer als Vorsteher des Kirchengemeinderaths) versäumt, dem Kollegium selbst Mittheilung von einem ihm insinuirten richterlichen Beschluß (Verfallenerklärung) zu machen, so kann dieses Versäumniß für die von dem Vorsteher vertretene Korporation nicht als Wiederherstellungsgrund im Sinne des §. 1204 der Proceßordnung geltend gemacht werden. Ebensowenig die Minderjährigkeit.

(Fiskus gegen evang. Kirchengemeinde Waldangelloch, Leistung der Hand- und Spanndienste zum Kirchenbau betreffend).

Das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises hat die vom Kirchengemeinderath ausgeführte Appellation auf den Grund hin, daß die 14tägige Wiederherstellungsfrist des §. 1703 der Proceßordnung (gerechnet von der Insinuation der Verfallenerklärung an den Pfarrer als Vorstand des Kirchengemeinderaths an) versäumt worden, als verspätet verworfen, darauf wurde die Wiederherstellung auf den Grund höherer Gewalt und resp. Abwesenheit, welche in der durch den Pfarrer verschuldeten Unkenntniß des Kirchengemeinderathskollegiums von der Verfallenerklärung bestehen sollte, — und nachträglich noch auf den Grund der den Staatsanstalten zukommenden Rechte der Minderjährigen nachgesucht. Auch dieses Wiederherstellungsgesuch verwarf das Hofgericht, indem es in der Versäumung des Vorstehers des Kirchengemeinderaths keinen Wiederherstellungsgrund im Sinne des §. 1204 der Proceßordnung erkannte, auf den aus dem Rechte der Minderjährigkeit hergenommenen Grund aber schon wegen verspäteten Vorbringens nicht einging.

Das Großh. Oberhofgericht I. S. bestätigte durch Urtheil v. 11. Mai 1847 das hofgerichtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen:

Nach §. 4 der der Unionsurkunde beiliegenden Kirchengemeindeordnung (Regierungsblatt von 1821 Nr. 16) ist es außer Zweifel, daß der jeweilige Pfarrer der Vorstand des evangelischen Kirchengemeinderaths ist; darum und aus den bereits vom Hofgericht angeführten weitern Gründen geschieht, wie dies auch appellantischer Seits nicht bestritten wird, im Allgemeinen die Zustellung richterlicher Beschlüsse gegen die Kirchspielsgemeinde wirksam an den jeweiligen Pfarrer als Vorsteher des Kirchengemeinderaths. Dieser behauptet aber, nachdem die Appellation durch das hofgerichtliche Erkenntniß vom 14. März v. J. wegen Versäumung der im §. 1203 der Proceßordnung vorgeschriebenen Frist als verspätet verworfen worden, in seiner Wiederherstellungsbitte vom 10. Januar d. J., daß ihm, d. i. den nun auftretenden Mitgliedern des Kirchengemeinderaths, Pfarrer Schmidt keine Mittheilung von jener — ihm insinuirten — Verfallenerklärung gemacht habe, und daß sie jetzt erst von deren Dasein Kenntniß erhalten haben, es ihnen daher nicht möglich gewesen sei, die Wiederherstellung nachzusuchen; es wird hierwegen die Wiederherstellung auf den Grund des §. 661 (c. 1204) der Proceßordnung in Anspruch genommen, und dem Gesuche noch weiter in einem Nachtrag vom 24. Januar d. J. durch Anrufung

der durch §. 11 des II. Konstit. Ed. allen Staatsanstalten verliehenen Rechte der Minderjährigen Eingang zu verschaffen gesucht. *)

Es fragt sich daher; ob in dem Vorgebrachten einer der im §. 1204 der Proceßordnung angeführten Restitutionsgründe zu finden und somit das — das Gegentheil aussprechende hofgerichtl. Erkenntniß vom 3. Februar d. J. für den oberappellantischen Theil beschwerend sei?

Diese Frage muß verneint werden. Wenn der Pfarrer des Kirchspiels, dem Angeführten zufolge, als das Organ zu betrachten ist, an welches die das Kirchspiel betreffenden gerichtlichen Erkenntnisse wirksam zugestellt werden, so folgt daraus auch nothwendig, daß die Fristen für die Rechtsmittel von dieser Zustellung an laufen und daß in Beziehung auf die Einlegung und Wahrung der Rechtsmittel, ihm die Besorgung des Erforderlichen eben so, wie der sich selbst vertretenden Partei, obliege, und daß durch die Eröffnung der Erkenntnisse an diesen Vorsteher des Kollegiums die betreffende Anstalt von dem Gesetze als genügend in Stand gesetzt erachtet werde, wegen der zu ergreifenden Rechtsmittel das Nöthige zu thun. Es folgt daraus aber auch ferner, daß seine Unterlassungshandlungen gegenüber dem Proceßgegner dieselbe Wirkung haben, welche das Gesetz überhaupt an die Versäumnisse der Partei knüpft. Wenn er bei der ihm hiernach obliegenden Vorkehr nach den organischen Einrichtungen der von ihm vertretenen Anstalt der Mitwirkung des seiner Leitung unterstehenden Kollegiums bedarf, so ist es seine Sache, die dazu nöthigen Maaßregeln zu ergreifen; es kann aber, was er in dieser Beziehung zu thun hat, wie schon in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen bemerkt wurde, nur sein Verhältniß zu der von ihm vertretenen Anstalt berühren und er kann, je nach Umständen, derselben verantwortlich werden, wenn er irgend eine Dienstobliegenheit versäumt und jener daraus Nachtheil erwächst; keinenfalls kann dies aber auf die Proceßfristen von Einfluß sein oder einen Grund zur Wiederherstellung gegen den Ablauf derselben im Sinne des §. 1204 der Proceßordnung abgeben. Denn da der Pfarrer nicht blos Mitglied des Kirchengemeinderaths, sondern gerade dasjenige Mitglied ist, welches als Organ der Anstalt für diese zu handeln berufen ist und sie insofern repräsentirt, so würde das Gesetz, wollte es in einer wie immer beschaffenen Hintansetzung der Obliegenheiten dieses Mitglieds und resp. Vorstehers einen Wiederherstellungsgrund erkennen, offenbar mit sich selbst in Widerspruch gerathen; es würde die eigene Nachläßigkeit der Partei, resp. ihres Repräsentanten, als einen Grund zur Restitution sanktioniren, was sich mit der nothwendigen Rücksicht auf die Rechtssicherheit nicht vertragen würde, und darum ohne ausdrückliche deßfallsige Willenserklärung des Gesetzgebers, nicht als die Absicht des Gesetzes unterstellt werden darf.

Die noch weiter angerufenen Rechte der Minderjährigen aber sind vom Gesetze nirgends als ein Grund zur Hemmung der Proceßfristen oder zur Wiederherstellung gegen ihren Ablauf anerkannt; die Proceßordnung hat nur im 49. Titel den Minderjährigen gegen rechtskräftige Urtheile eine Wiederherstellungsklage verliehen (§. 1245), welche aber hier nicht vorliegt.

Die Beschwerde erscheint nach allem diesem nicht begründet und es mußte deßhalb das hofgerichtl. Erkenntniß bestätigt und der oberappellantische Theil nach §. 169 der Proceßordnung auch in die Kosten dieser Instanz verfällt werden.

Zentner.

IV.

Entscheidungen von Verwaltungsstellen.

A. Die Zuständigkeit der Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Staate oder Körperschaften, und den Unternehmern öffentlicher Arbeiten über Erfüllung der Akkorde betreffend.

In dem, in den Annalen XIV. Nr. 51. S. 400 ff., angeführten Falle, hat das Großherzogl. Ministerium des Innern, durch Erlaß vom 20. März l. J. Nr. 3834, die Regierungsverfügung, jedoch von einem ganz andern Gesichtspunkte aus, bestätigt, und die Sache ebenfalls vor den Richter verwiesen. In dem ersten Theile der Entscheidungsgründe wird die Unrichtigkeit der Ansicht, daß der §. 14 der Verfassungsurkunde den §. 8 lit. a. der Beilage D. des Organisationsedikts vom 26. September 1809, aufgehoben habe, nachgewiesen und dann weiter so fortgefahren:

*) S. hierüber Annalen XV. 169. D. R.

„Eine andere Frage ist jedoch, ob der vorliegende Fall sich zur Entscheidung durch die Regierung eigne. Nach §. 8. a. der Beilage lit. D. vom Organisationsedikt von 1809, scheint (?) dies bejaht werden zu müssen. Denn es sind hiernach die Streitigkeiten, welche über die Erfüllung von Akkorden, zwischen den Unternehmern der öffentlichen Arbeiten und den Gemeinden entstehen, unbedingt vor die Kreisdirektorien gewiesen. Um eine Vertragserfüllung handelt es sich aber hier, da Maurermeister Bachmann seine Forderung auf die Behauptung stützt, daß in dem Ueberschlag der Bauinspektion, in Folge von Rechtsirrthümern, Arbeiten ausgelassen worden seien, welche er gleichwohl habe leisten müssen, um den Bau nach dem Plan und also vertragsmäßig herstellen zu können, und da er sich durch den Vertrag berechtigt hält, für diese Mehrarbeit eine weitere, nach dem Verhältniß der verakkordirten Preise zu bestimmende Vergütung in Anspruch zu nehmen."

Allein schon die Erläuterungen hinsichtlich der Frohndstreitigkeiten im Regierungsblatt von 1810, Nr. 8, und hinsichtlich der Kirchenbausachen im Reggierungsblatt von 1812, Nr. 21, zeigen, daß den Verwaltungsbehörden eine Entscheidung über den Rechtsgrund der Forderung nicht eingeräumt werden wollte, und durch die authentische Erläuterung vom 9. September 1815, Reggierungsblatt Nr. 16, wird dies bestimmt(?) ausgesprochen. Es sollen die Kreisdirektorien darnach nur zuständig sein, und Gerichtsbarkeit haben, wenn die akkordmäßige Zahlung entweder aus bösem Willen oder aus angeblicher Zahlungsunvermögenheit — also bei unbestritten vorhandener Verbindlichkeit — unterbleibt, oder wenn die Zahlungspflichtigen unter dem Angeben, daß die Akkordbedingnisse nicht gehörig erfüllt werden, die Zahlung verweigern, also die im Uebringen unbeanstandete Forderung, durch eine die Art der Ausführung betreffende Einwendung entkräftet werden soll.

Da es sich nun aber hier um die Frage handelt, ob das beanstandete Forderungsrecht durch den Akkord überhaupt begründet sei, so gehört die Entscheidung vor die bürgerlichen Gerichte.

„Aus diesen Gründen wird der Rekurs des Maurermeisters Michael Bachmann gegen die Entscheidung der Regierung vom 27. Oktober 1846, Nr. 3249, unter Verfällung desselben in die Kosten, verworfen."

Diese Begründung scheint mir ebenso unrichtig zu sein, als jene der Großherzogl. Kreisregierung zu Rastatt. Es wird darin nebeneinander zweierlei anerkannt. Einmal, daß die Streitigkeiten über Erfüllung von Akkorden zwischen den Gemeinden und Unternehmern öffentlicher Arbeiten, unbedingt vor die Kreisdirektorien verwiesen seien; sodann, daß es sich hier um eine solche Vertragserfüllung handelt. Wenn nun aber die hohe Behörde in diesen ganz klaren Worten selbst die Ansicht hat, daß die Gerichtsbarkeit bei derartigen Streitfällen, der Verwaltungsbehörde zustehe, und vorwürfig ein solcher Streit vorliege, einerseits, und, anderseits sich doch für unzuständig erklärt, so liegt hierin ein Widerspruch klar zu Tage. Derselbe wird dadurch zu vermitteln und zu heben gesucht, daß man behauptet, das Entscheidungsrecht oder die Gerichtsbarkeit beschränke sich nur auf die Fälle, wo die „Verbindlichkeit unbestritten vorhanden sei" —, wo es sich um eine „unbeanstandete Forderung" handelt; dagegen komme der Verwaltungsbehörde die Entscheidung über den Rechtsgrund, nicht zu. Aber ich frage: Was ist die Gerichtsbarkeit oder das Entscheidungsrecht ohne die Befugniß, den Rechtsgrund zu prüfen, auf welchen der verfolgte Anspruch gestützt wird? die Gerichtsbarkeit ist ja gerade nichts anderes, als die Organisations- und verfassungsmäßige Eigenschaft einer Staatsbehörde, über Mein und Dein, nach den bürgerlichen Gesetzen zu richten, oder zu entscheiden. Ist aber ein Rechtsspruch oder eine Entscheidung nicht eine absolute Unmöglichkeit, wenn ich den Grund, auf welchem das Mein und Dein gebaut ist, den Rechtsgrund, nicht untersuchen darf, ob er auch haltbar sei, oder nicht? Dieses ist gewiß Rechtens, so wahr, als der Satz, zweimal zwei machen vier, mathematisch richtig ist. Worin soll eine Gerichtsbarkeit über eine unbestrittene Verbindlichkeit, oder eine unbeanstandete Forderung denn eigentlich noch bestehen? Wenn eine Obliegenheit nicht strittig ist, und ein Forderungsrecht vom Beklagten anerkannt wird, so kann eine Sache nie vor irgend eine Staatsbehörde zum Austrage gebracht werden.

(Schluß folgt).

Berichtigung.

Die unrichtig angegebenen Seitenzahlen 100—172 sind in 200—272 umzuändern.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe, den 2. Oktober 1847.

I.

Entscheidungen von Verwaltungsstellen.
(Schluß.)

A. Die Zuständigkeit der Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Staate oder Körperschaften, und den Unternehmern öffentlicher Arbeiten über Erfüllung der Akkorde betreffend.

Das Berufen auf die Landesherrliche Verordnung vom 7. Februar 1810, über die Frohndpflicht, und die Justizministerial-Verordnung vom 1. Juli 1812, über die Baupflicht, muß deßwegen schon ganz erfolglos bleiben, indem Sinn und Wort des Organisations-Edikts über die Zuständigkeit von derartigen Streitigkeiten, so ganz vollständig und klar ist, daß es gewiß Manchem unerklärbar werden mag, wie hier irgend ein Zweifel entstehen konnte. Abgesehen hievon, ist nicht leicht verständlich, wie die entgegengesetzte Ansicht darin einen Stützpunkt gefunden hat; denn, wenn die Frohn- oder Baupflicht streitig wird, so sind bekanntermaßen die Gerichte, und nicht die Verwaltungsbehörden zuständig. Jene zwei Verordnungen, indem sie dieses zugleich aussprechen, verfügen, daß dann, wenn das Recht unbestritten vorliege, und allein ein „Uebermaß" oder „Unmaß" in der Anwendung oder Ausübung des, der Pflicht entsprechenden, Rechtes in Frage sei, die Kreisdirektorien entscheiden sollen, welche Entscheidungen aber, wie dieses die hohe Landesherrliche Verfügung ausdrücklich besagt, blos polizeilich zu behandeln sind, während Jene bei Streitigkeiten aus Bauakkorden, als Richter handeln. Die Justizministerialverordnung vom 9. September 1815 erläutert das Gesetz vom 26. November 1809, und kann verfassungsmäßig daran nichts abändern. Sie beschäftigt sich im Wesentlichen weiter auch mit nichts anderm, als daß sie, wie dieses bei Erläuterungsverfügungen der höchsten Staatsstellen, häufig geschieht) einzelne Beispiele und Fälle aufführt, wie etwa aus solchen Akkorden Streite, deren Schlichtung den Kreisdirektorien zugeschieden sind, entstehen können.

So irrig nun auch die Verbescheidungen der Verwaltungsbehörden sein mögen, so mußte der Rekurrent doch den Rechtsweg betreten. Er erhob in Folge dessen am 2. Juni d. J. nach Vorschrift der Proceßordnung vor dem bürgerlichen Richter eine Klage, wurde aber damit sogleich abgewiesen, und das unterrichterliche Erkenntniß durch Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts zu Rastatt v. 15. Juli d. J. bestätigt. Die Entscheidungsgründe dieses Gerichtshofs lauten folgendermaßen:

„In Erwägung, daß der Kläger selbst anführt, es bilde die Auslegung des zwischen ihm und der Gemeinde Ittlingen, über Aufbauung eines neuen Schulhauses, im Jahre 1843 abgeschlossenen Vertrags, namentlich die Entscheidung der Frage, ob der Kläger für die Nacharbeiten, welche nach dem Plane nothwendig in dem Kostenüberschlage zu berechnen vergessen worden seien, nachträgliche Zahlung, beziehungsweise Entschädigung verlangen dürfe, den Gegenstand des Streites zwischen ihm — dem Kläger — und der Gemeinde Ittlingen;

„In Erwägung, daß es sich daher um Erfüllung eines Vertrages zwischen dem Unternehmer eines öffentlichen Gebäudes einerseits, und einer Gemeinde anderseits, handelt, dergleichen Streitigkeiten aber nach dem Organisations-Edikt vom Jahre 1809, Beilage D. 8. a. (Regierungsblatt S. 449.) den mittleren Verwaltungsstellen zur Entscheidung zugewiesen sind;

„In Erwägung, daß durch die ausdrückliche Bestimmung dieses Gesetzes, es solle die Entscheidung solcher an sich

bürgerlichen Streitigkeiten ausnahmsweise den Kreisdirektorien zustehen, unzweifelhaft auch entschieden ist, daß die Art der Rechtsstreite ausnahmsweise der bürgerlichen Gerichtsbarkeit entzogen, und daß daher die Zuständigkeit der Kreisdirektorien in solchen Fällen eine ausschließliche, und nicht etwa, wie der klägerische Anwalt bei der mündlichen Verhandlung darzuthun versuchte, eine von der Wahl des Klägers abhängige sei;

„In Erwägung, daß hier, wo ein bestimmter und keiner doppelten Auslegung fähiger Ausspruch des Gesetzes vorliegt, der Richter nicht berechtigt ist, auf einen, mit dem Buchstaben möglicherweise im Widerspruch stehenden Grund, Zweck und Geist des Gesetzes, seine Entscheidung zu begründen, Landrechtsatz 4. a;

„In Erwägung, daß jene Gesetzesvorschrift vom Jahre 1809 durch kein späteres Gesetz, und namentlich nicht durch die Verfassungsurkunde vom Jahre 1818 aufgehoben wurde, indem der §. 14 der Verfassung, welcher ausspricht, daß alle Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtssachen von den ordentlichen Gerichten auszugehen haben, dem früheren Gesetze, wornach Verwaltungsstellen in einzelnen bürgerlichen Rechtssachen als ordentliche Gerichte ausnahmsweise anerkannt wurden, in keiner Weise im Wege steht;

„In Erwägung, daß vielmehr die Proceßordnung vom Jahre 1831 (in §. 1 und 2) selbst anerkennt, daß es bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gebe, welche vor den in der Regel zuständigen bürgerlichen Gerichten, nicht zu verhandeln und zu entscheiden seien, und ausdrücklich den Verwaltungsstellen das die Zuständigkeit der Gerichte ausschließende Recht vorbehält, in den ihrer Zuständigkeit gesetzlich zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreiten, Verhandlung zu pflegen, und Entscheidung zu ertheilen;

„In Erwägung, daß daher der Kläger durch die Ladungsversagung des Unterrichters, als bürgerlichen Gerichtsbeamten, nicht beschwert erscheint, die Form der Abweisung jedoch eine genauere, jedes Mißverständniß beseitigende Fassung zu erhalten hat; *)

Aus diesen Gründen u. s. w."

*) Der Unterrichter hat die Klage nicht in der sonst üblichen Formel: „die Klage findet vor den bürgerlichen Gerichten nicht statt", sondern in der Formel des §. 358 der Proceßordnung „die Klage findet nicht statt", absichtlich verbeschieden, und als Rechtfertigung hiefür angeführt: wenn der Kläger mit seiner Klage in der Formel als nicht stattfindend, abgewiesen wird, so heißt dieses nur soviel, daß der Austrag derselben nicht vor den Civil-, sondern vor den Verwaltungsrichter gehöre. Dieser Zusatz ist aber theils weder vom §. 358 der Proceßordnung, noch von einem andern Gesetze geboten, theils überflüssig, weil der bürgerliche Richter, wenn er eine Klage nach dem oben citirten §. der Proceßordnung, wegen Abmangels der Zuständigkeit verbescheidet, nichts Anderes sagen kann, als daß die Sache nicht zu seiner Competenz gehöre; nicht aber auch, daß dem Kläger, nach der Gesetzgebung überhaupt, zu deren Vollzug auch die Verwaltungsstellen vorhanden sind, das gesuchte Recht gar nicht zusteht."

D. E.

Da die Sache, wegen Abmangels der Größe der Streitsumme den dritten Rechtszug nicht erreichen kann, so ist der Zuständigkeitsstreit, zwischen Justiz und Verwaltungsbehörden, vollständig vorhanden, dessen Erledigung nach der Allerhöchsten Landesherrlichen Verordnung vom 23. Dezember 1844, §. 2 dem Großherzoglichen Staatsrathe, als oberster entscheidender Behörde, zusteht.

Ich werde seiner Zeit das Ergebniß der Entscheidung in den Annalen mittheilen.

Fr. Joseph Müller.

B. Die Berechtigung zur Errichtung von Mahlmühlen für den Hausbedarf, s. g. Hofmahlmühlen, und

überhaupt

der Betrieb jedwelcher Arbeit zum eigenen Bedarfe.

Der Besitzer eines geschlossenen Hofgutes im Schwarzwaldgebirge hat seiner Zeit auf geordnetem Wege die Erlaubniß zur Errichtung einer Oelmühle und zu deren Betrieb mittelst der zu seinem Hofgute gehörigen Wasserkraft erhalten. Der schon im Jahre 1838 genehmigte Plan zu diesem Wasserwerke enthält die beiderlei Einrichtungen zum Zermalmen der Sämereien sowohl als auch zum Auspreßen des Oeles. Die erste ist natürlich ohne große und kostbillige Aenderung oder Vorrichtung, durch bloßes Anbringen eines s. g. Beutelwerkes auch zum Schroten und Mahlen der Futter- und Brodfrüchte zu gebrauchen.

Seit dem Jahre 1844 war der Hofgutbesitzer mit den

benachbarten Gewerbemüllern im Hader, indem diese über den Gebrauch der Oelmühle als Mahlmühle für den eigenen Bedarf und auf den Verkauf sich beschwerten, und unerachtet der Gutachten Sachverständiger, daß die Oelmühle-Einrichtung vom genehmigten Plane nicht abweiche, und unerachtet des Anspruches des Hofgutbesitzers auf den unbeschränkten Gebrauch seiner Oelmühle zum Schroten und Mahlen seiner Früchte für den eigenen Bedarf ein Erkenntniß der Verwaltungbehörde des Bezirkes erwirkten, wodurch demselben dieser Gebrauch für die Zukunft untersagt wurde, unter Androhung einer Strafe von 20 fl. für jeden Uebertretungsfall. Die Gründe hierzu gab die Bezirksbehörde dahin ab: es sei unbestrittene Thatsache, daß der Hofgutbesitzer nur die Erlaubniß zur Errichtung einer Oelmühle erhalten habe, dieser habe aber alle Einrichtungen zu einer Getreidemahlmühle getroffen, somit die Erlaubniß überschritten, die Kundenmüller seien dadurch beeinträchtigt, oder wenigstens bedroht, jeden Augenblick beeinträchtigt werden zu können, indem sich annehmen lasse, daß der Hofgutbesitzer nicht blos zum Vergnügen eine Getreidemahlmühle habe einrichten lassen, sondern in der Absicht, dieselbe als solche zu gebrauchen.

Der Widerspruch des ersten Grundes gegen den klaren Inhalt der Akten ist eben so groß, als der zweite Grund unhalt- und sonderbar. Der Hofgutbesitzer, anstatt sich darüber zu beschweren, ergriff den Weg des Gesuches um Erlaubniß zum Gebrauche seiner Oelmühle als Getreide-, Schrot- und Mahlmühle für den eigenen Hausbedarf und unterstützte sein Gesuch durch folgende Thatsachen und Gründe. Sein Hofgut umfasse 66 Morgen Grundbesitz, worunter 20 Morgen Ackerfeld und 16 Morgen zeitweise zum Umbruche kommendes Wild- und Waidfeld; darauf halte er 41 Stücke Pferde, Rind-, Schaafvieh und Schweine, und bedürfe 5—6 Hülfspersonen; zu dieser aller Ernährung kämen 510 Sester Getreide aller Art im Hause zur Verwendung, für deren Vermahlung er 50 bis 60 fl. Geld oder Geldeswerth aufwenden müsse, wenn er genöthigt sei, seine eigenthümliche Wasserkraft unbenützt zu lassen und sein Getreide in einer Kundenmühle zu mahlen, wogegen er diesen jährlich wiederkehrenden Aufwand durch einen einmaligen von nur 5 fl. ersparen könnte; daß die nächste Kundenmühle, deren Besitzer hauptsächlich gegen ihn Beschwerde geführt, eine ganz schlechte Mahleinrichtung habe, derselbe das Mühlengewerbe nicht ordnungmäßig erlernt und keinen geprüften Müller als Gehülfen habe; daß aber die anderen Kundenmühlen der Gemeinde eine Stunde entfernt und von dem Hofgute durch Berge so getrennt seien, daß namentlich zur Winterzeit oft schwer, und manchmal gar nicht mit Fuhrwerk dahin zu gelangen sei.

Die Erhebungen stellten heraus, daß allerdings von den sechs zur Gemeinde gehörigen Kundenmühlen nur eine in demselben Thale sich befinde, worin das Hofgut liegt, aber in ganz geringer Entfernung in einer anstoßenden Gemeinde noch mehr Kundenmühlen sich befinden und daß außer den Kundenmühlen noch 11 s. g. Hofmahlmühlen, davon drei in dem gleichen Thale mit dem fraglichen Hofgute bestehen; über den Zustand der Mühle des früheren Beschwerdeführers, sowie über die Gewerbeberechtigung der die Einsprache erhebenden Müller gehen sie hinweg, und erst in dem Berichte der Bezirksbehörde behufs der Entscheidung des großherzoglichen Ministeriums ist angegeben, daß die Kundenmühle des Hofnachbars und früheren Beschwerdeführers in einem schlechten Zustande sei.

Auf den Antrag der Bezirksbehörde schlug die zuständige Kreisbehörde das Gesuch ab, und das großherzogliche Ministerium des Innern wies durch Entscheidung vom 29. Januar 1847, Nr. 1330, die Beschwerde auf den Grund einer Staatsministerial-Entschließung vom 4. Februar 1827, Nr. 26, ab, wonach nur denjenigen Hofgutbesitzern die Erlaubniß zur Errichtung eigener Mühlen ertheilt werden solle, welche in bedeutender Entfernung von den Kundenmüllern wohnen und an deren Besuch zeitweise verhindert werden — Voraussetzungen, welche im vorliegenden Falle nicht vorhanden seien.

Dieses Erkenntniß wird weder den Anforderungen der Wissenschaft nach den Bestimmungen unserer Gesetzgebung entsprechen, und die Berufung auf eine wahrscheinlich aus Veranlassung eines einzelnen Falles ergangene Verfügung vom Jahre 1827 gegenüber dem klaren Ausspruche allgemeiner noch giltiger Gesetze und gegenüber der unerläßlichen Forderung der Wissenschaft, wird dasselbe nicht rechtfertigen können.

Diese fordert nämlich für Jeden möglichst freie Entwicklung und Benützung seiner Kräfte, und wenn sie auch nach Maßgabe gegebener Verhältnisse Beschränkungen des Betriebes gewisser Arten von Gewerben gestattet,

so läßt sie doch nirgends eine Beschränkung der Anwendung eigener Kräfte für eigene Bedürfnisse zu Gunsten eines gewerbmäßigen Betriebes, Arbeit für den Verkauf oder um Lohn, zu.

Unsere Gesetzgebung erkennt im §. 6, Ziffer 18 des Gesetzes über die Grundverfassung der verschiedenen Stände (Regierungsblatt 1808) unter der Ueberschrift: „Staatsbürgerrecht", den wissenschaftlichen Grundgedanken des Rechtstaates an, wonach den Staatsbürgern das Recht zustehe, „aus ihrer Zeit und ihren Kräften all jenen Gewinn zu ziehen, der staatsverfassungmäßig davon gezogen werden kann." Sie setzt im §. 23, Ziffer 19 desselben Gesetzes unter der Ueberschrift: „Zunftverfassung im Aeußern" lit. l. fest: es kann „Niemand Arbeiten einem unzünftigen Staatsbürger untersagen, wenn dieser sie nur zu seinem eigenen Haus- und Familiengebrauche verfertigt." Das Gewerbsteuer-Gesetz Regierungsblatt 1815, V. Beilage, V. Abschnitt §. 11 bestimmt, daß „nur als Handwerker — Gewerbmann — angesehen werden kann, der um Lohn, auf Bestellung oder zum feilen Verkaufe arbeitet, niemals aber wer nur seine eigenen häuslichen Bedürfnisse fertiget, oder seine selbst gezogenen Naturprodukte verarbeitet."

Die Mühleordnung von 1822, sofern sie sich nicht auf die Wasserbauten, sondern auf die innere Einrichtung und deren Betrieb bezieht, handelt überhaupt nur von Mühlegewerben, von dem gewerbmäßigen Betriebe der Mühlen — von den s. g. Kundenmühlen. Der einzige §. 9 bezieht sich auf die Privatmühlen, welche nur zur Bereitung des Getreides für den eigenen Gebrauch bestimmt sind, fordert für die Behörden nur die Kenntnißnahme, und schreibt diesen vor, „auch diejenigen Vorsichten zu beobachten, welche in §. 1 und 2 wegen etwa möglicher Beeinträchtigung dritter Personen angeordnet sind." Die in den §§. 1 und 2 angeordneten Vorsichten bestehen aber hauptsächlich in Berücksichtigung der Betheiligten auf dem betreffenden Wasser, dessen Kraft hier verwendet werden soll, wogegen der etwaigen Beeinträchtigung in ihrem Gewerbe ausdrücklich eine ganz untergeordnete Bedeutung beigelegt ist.

Wenn man nun bedenkt, daß die im §. 9 der Mühleordnung, wo allein von Privatmühlen die Rede ist, enthaltene Rückweisung auf die §§. 1 und 2 gegenüber den grundgesetzlichen Bestimmungen und bei der selbst in dieser Mühleordnung ausdrücklich für untergeordnet erklärten Bedeutung der Rücksicht auf gewerbliche Beeinträchtigung, in dieser Beziehung ganz bedeutungslos wird; wenn man bedenkt, daß die Mühleordnung zwei im Wesen ganz verschiedene Gegenstände zur Aufgabe hat, — die möglichst gemeinnützige Verwendung der Wasserkräfte und den gewerblichen Mühlebetrieb — deren ersten Forderungen im vorliegenden Falle schon 1838 bei Einrichtung der Oelmühle entsprochen wurde, und deren zweite Bestimmungen den vorliegenden Fall gar nicht berühren, da es sich um keinen Gewerbebetrieb handelt, sondern um die Ersparung eines jährlichen Aufwandes von 50 fl. bis 60 fl. durch die einfache Vorlage eines Beutelwerkes in der Oelmühle, welche einen einmaligen Aufwand von nur 5 fl. kostet; wenn man endlich bedenkt, daß im Sinne unserer Gesetzgebung eine Beeinträchtigung der Gewerbleute nur wieder durch Gewerbleute geschehen kann, so wird die Entscheidung der Behörde, an welche gegen den ersten Bescheid der Kreisbehörde die Berufung ergriffen wurde, als unserer Gesetzgebung nicht entsprechend erscheinen; den Forderungen der Wissenschaft mit denen unserer Gesetzgebung im Einklange entspricht sie ebenfalls nicht.

In diesem Falle ist der Mangel an leitenden Grundsätzen in Handhabung der s. g. Gewerbepolizei besonders ausgeprägt. Man verlangt und ertheilt Erlaubniß zu vernünftig und gesetzlich derselben gar nicht bedürftigen Handlungen und ertheilt und versagt sie nach dem Willen des Zufalles. Eilf Hofgutbesitzer in der betreffenden Gemeinde haben die Erlaubniß zum Betriebe einer Hofmahlmühle, dem zwölften aber wird sie versagt, obgleich die Bedingungen hier noch günstiger sind als bei den Uebrigen.

Um zwei andere Fälle kurz zu erwähnen, noch einiges: Einem Bauern im Schwarzwaldgebirge, der zur Beurbarung eines umfangreichen und rauhen Wildbodens eine eigene Schmiede zur Herstellung seiner Geräthe einrichten wollte, wurde von der Kreisbehörde eröffnet, daß er einer Erlaubniß nicht bedürfe; einem anderen Gewerb-

und Landwirthschaft-Treibenden in einem Schwarzwaldthale, der für seine 50 bis 60 Pferde und vieles Fuhrgeschirr eine Schmiede errichten wollte, wurde die Erlaubniß von derselben Behörde ertheilt. Warum wurde nicht wieder ausgesprochen, daß es einer Erlaubniß nicht bedürfe, und da die beiden ganz überflüssigen Vorlagen an die Kreisbehörde von zwei verschiedenen Bezirkbehörden einkamen, also der Mangel an wissenschaftlichen Grundsätzen sowie an Gesetzeskenntniß in dieser Beziehung nicht einzeln bestund, warum wurde nicht eine Belehrung erlassen?

Was würde man dazu sagen, wenn Einsprache gegen die Privatbäckerei zum eigenen Verbrauche oder gegen die Hausmetzgerei und d. gl. erhoben werden wollte; wie anders als mit Erstaunen könnte ein Gesuch um Erlaubnißertheilung dazu aufgenommen werden? Und doch ist es um kein Haar anders mit dem oben angeführten und dem erst entwickelten Falle, wobei mehrere Behörden unnöthig Zeit und die Betheiligten Zeit und Geld verwendet haben.

Es scheint zur Vermeidung künftiger ähnlicher Mißgriffe eine ausdrückliche Erklärung der zuständigen Behörde noch erforderlich zu sein, daß der Betrieb jedwelcher Arbeit zum eigenen Bedarfe Jedermann ungehindert freistehe. E. Haager. *)

II.

Ist die Rechtswohlthat der Vorausklage dilatorisch?

Gewöhnlich sagt man: die Vorausklage steht dem Bürgen im Sinne des L. R. S. 2021 und 2022 zu, wenn er vor der Vernehmlassung auf die Klage diese vorschützt, womit übereinstimmt

Mazerat. Quest. sur le C. c. III. ex. S. 240. Nr. 761 in den Worten:

> les anciens principes et les nouveaux considèrent la requisition de discussion comme une exception dilatoire soumise aux regles ordinaires. C'est pourquoi si la caution ne l' oppose pas sur les premières poursuites conjointement avec les autres exceptions du même genre et avant toutes défenses au fond elle ne peut plus s'en prévaloir.

Es müßte demnach diese Einrede im Sinne des Art. 186. C. de proc. und §. 296, 297 der Proceßordnung als eine verzögerliche proceßhindernde erscheinen und nach Vorschützen derselben die Klage in Form eines Enderkenntnisses, als zur Zeit noch nicht stattfindend, zurückgewiesen werden.

Allein ich glaube, daß diese Ansicht — so allgemein angenommen sie auch in der Praxis ist — im Sinne unseres Code und dem Begriffe der Bürgschaft nicht stichhaltig ist.

Diese ist eine Species der Intercession, worunter man eine Handlung versteht durch welche Jemand eines Anderen Obligatio zur Sicherstellung des Gläubigers freiwillig auf sich nimmt.

Mühlenbruch Band II. §. 483.

Es gehört also die Bürgschaft zu den s. g. Zusicherungsverträgen, welche gegen die Gefahr gerichtet sind, daß ein Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen werde, wodurch in Folge dieser cumulativen Rechtswandlung die Lage des Gläubigers verbessert werden soll.

Deßhalb muß dieser gegen den Bürgen auf Erfüllung der Verbindlichkeit klagen und ein Urtheil auf Zahlung gerade wie gegen den Hauptschuldner erwirken können, weil erst durch dieses ihm die beabsichtigte Sicherheit verwirklicht wird.

Erst wenn es an Execution des Urtheils geht, will das Gesetz dem Bürgen ein Beneficium geben, das bénéfice de discussion, weil es zu hart erschiene, wenn der Bürge — welcher gewöhnlich ohne allen Vortheil seine Verbindlichkeit übernimmt — ohne alle Rücksicht zahlen müßte.

Damit stimmen überein

1) die Worte des L. R. S. 2021: der Bürge ist gegen den Gläubiger nur dann zur Zahlung verbunden, wenn der Schuldner nicht zahlt.

Die Zahlung, d. i. die Erfüllung einer Verbindlichkeit, setzt aber voraus, daß eine Verbindlichkeit existire, der Titel derselben unbestritten und die Schuld liquid sei — daher von der Vorausklage auch erst im Titel über die Wirkung der Bürgerschaft die Rede ist, und hier nicht

*) Obereinnehmer in Weinheim

gesagt wird: wenn ein Bürge auf Anerkennung der ihm als solchem obliegenden Verbindlichkeit belangt wird, so darf er sich auf die Existenz einer solchen so lange nicht einlassen, bis der Gläubiger darthut, daß der Schuldner nicht zahlt; damit würde das Gesetz auf der einen Seite nehmen, was es auf der andern gibt.

2) Die Worte desselben Satzes: „dieser muß zuvor auf sein Vermögen angegriffen werden", wodurch doch nicht gesagt werden will: der Gläubiger muß zuerst, ehe er Klage gegen den Bürgen erheben darf, diese gegen den Schuldner einreichen; sonst hätte das Gesetz gesagt: dieser muß zuvor gegen den Schuldner klagen. Nein, gerade dadurch wird gesagt: ehe der Bürge auf sein Vermögen angegriffen werden kann, muß auf das des Schuldners gegriffen werden.

Dieses Angegriffenwerdenkönnen des Bürgen setzt aber schon die Existenz der Executions-Instanz voraus — eine solche kann ordentlicherweise nur gedacht werden beim Vorhandensein eines Urtheils, dieses aber nur, wenn über die Existenz einer Verbindlichkeit wirkliche Verhandlungen zugelassen sind, welche nicht stattfänden, wenn man diese Vorausklage als litis ingressum impediens dilatoria betrachtete.

Daher heißt es auch in L. R. S. 2123: les deniers suffisans pour *faire* la discussion, und nicht: les deniers suffisans pour exercer la demande, pour diriger les poursuites contre le débiteur.

3) Ganz bestimmt ist diese Ansicht niedergelegt in L. R. S. 2170, welcher die Worte: „le tiers détenteur peut en requerir la discussion préalable selon la forme reglée au titre du cautionnement," übersetzt: er kann nach der unter dem Titel von Bürgschaften bestimmten Form begehren, daß die für die nämliche Schuld verhafteten Liegenschaften voraus angegriffen und zum Verkauf ausgesetzt werden.

Dieser Satz sagt nicht, das Verfahren gegen den dritten Inhaber bleibt in diesem Falle ausgesetzt, sondern nur, der Verkauf bleibt verschoben, läßt es also auch mit dem gegen diesen gerichteten Verfahren bis zur Executions-Instanz kommen.

Durch diese Ansicht gelangt man dahin: die Vorausklage im badischen Rechte ist keine von der Einlassung befreiende Einrede, sondern nur eine Rechtswohlthat — bénéfice — die zwar im ersten Verfahren vorgeschützt werden muß, allein erst in der Executions-Instanz wie eine Einsprache nach §. 959 der Proceßordnung berücksichtigt wird.

Damit zusammentreffend sind auch die Worte des Landrechtsatzes 2170:

„dem dritten Inhaber bleibt unbenommen, gegen den Verkauf des Pfandstücks Einsprache zu thun",

welche nicht sagen: der 3. Inhaber braucht sich in der gegen ihn nach Landrechtssatz 2066—68 angestellten Klage nicht vernehmen zu lassen, sondern nur: er darf gegen den Verkauf Einsprache thun — er muß also zur Bezahlung oder Abtretung verurtheilt gewesen sein, was nur in Folge einer ordentlichen Vernehmlassung — défense au fond — geschehen konnte.

4) Dadurch, daß man das bénéfice de discussion als prozeßhindernde Einrede betrachtet, läuft der Gläubiger Gefahr, der Gefahr, welcher er durch Constituirung der Bürgschaft entgehen will, gerade ausgesetzt zu sein.

Während er nämlich auf diesem Wege an den Hauptschuldner zur Klagerhebung verwiesen ist, sucht der Bürge durch allerhand Handlungen die Sicherheit, die er jetzt noch dem Gläubiger bieten könnte, zu mindern oder ganz zu entziehen.

Man entgegnet, dieses wird wohl schwerlich der Fall sein, wenn der Bürge den Bedingungen des Landrechtssatzes 2023 Genüge leistet; allein welche Garantien sind dadurch beim Schwanken unserer Ansichten über diesen Artikel gegeben? Ich sage keine, insbesondere wenn man mit

Brauer IV. Seite 23 und 24,

dem Bürgen nur die Verbindlichkeit auferlegt, die Vermögensstücke des Hauptschuldners nur anzuzeigen oder Auskunft darüber zu geben, nicht aber eine Beurkundung oder vollständigen Beweis des wirklichen Vorhandenseins der Güter verlangt.

Wie kann der Gläubiger durch diese Anzeige chicanirt und geprellt werden, weil die meisten Bürgen gerne die Kostenauslage der Vorausklage bestreiten werden, wenn sie nur in der Zwischenzeit sich besser und den Gläubiger schlechter zu stellen wissen?

Emil Barbo.

III.

Die Ladung des Klägers zur Verhandlung auf die Klage ist eine monitorische, sie hat aber beim schriftlichen Verfahren die gleiche Wirkung, wie beim mündlichen.

Der §. 259 der Proceßordnung bestimmt die Wirkungen, die beim Ausbleiben beider streitenden Theile, oder des Klägers allein nach angestellter Klage in der Tagfahrt eintreten.

Ist mündliches Verfahren eingeleitet, so unterliegt es keinem Bedenken, daß beim Ausbleiben beider Theile die Tagfahrt circumducirt, daß beim Ausbleiben des Klägers, wenn der erschienene Beklagte sich nicht auf die Klage einlassen will, und darum nachsucht, Entbindung von der Instanz erfolgt, sowie endlich, daß beim Ausbleiben des Beklagten, auf Anrufen des anwesenden Klägers, die im §. 253 der Proceßordnung angedrohten Rechtsnachtheile ausgesprochen werden müssen.

Wie ist es aber, wenn für den Kläger schriftliches Verfahren gestattet ist, und in der Tagfahrt der Beklagte nicht erscheint; ist das Anrufen des Klägers um Ausspruch der angedrohten Rechtsnachtheile bis zur Tagfahrt einzureichen, oder hat sein Gesuch die gleiche Wirkung, ist es rechtszeitig eingereicht, wenn es erst nach Ablauf der Tagfahrt einkommt? *)

Diese Frage wird von den Gerichten verschieden beantwortet, Ansichten für und dagegen haben ihre Vertreter. Ich wünschte der erstern, wornach also vor Ablauf der anberaumten Tagfahrt das Anrufen eingereicht werden muß, wenn ihm Folge gegeben werden soll, aus folgenden Gründen Geltung:

*) Ganz gewiß, sofern der Beklagte in der Zwischenzeit das Versäumte nicht nachgeholt hat. Ist das Versäumte vor dem Anrufen nachgeholt worden, so kann letzteres, als verspätet, keine Beachtung mehr finden. Im Uebrigen bringt es die Natur der Sache mit sich, daß nur diejenige Partei des Ungehorsams beschuldigt werden kann, welche eine richterliche Auflage innerhalb der gesetzten Frist unbefolgt gelassen hat. Da der Ungehorsam erst mit dem Ablauf der Frist oder Tagfahrt eintritt, so versteht es sich von selbst, daß jedes früher einlaufende Anrufen der Gegenpartei eben so erfolglos bleiben muß, wie in dem anderen Falle, wo die säumige Partei zwar nach Ablauf der Frist aber noch vor Einkunft der gegentheiligen Ungehorsamsklage die aufhabende Proceßhandlung eingebracht hat. D. R.

1) Das mündliche (protokollarisch schriftliche) Verfahren bildet nach §. 216 der Proceßordnung für die Verhandlungen erster Instanz die Regel. Es gelten daher für das schriftliche Verfahren die für das mündliche vorgeschriebenen Proceßnormen, soweit sie nicht namentlich durch das Proceßgesetz, die Natur des Verfahrens selbst, oder das Gesetz der Zweckmäßigkeit abgeändert sind.

Die Gestattung des schriftlichen Verfahrens hat hauptsächlich den Zweck, das persönliche Erscheinen vor Gericht den Parteien zu ersparen, und für den Kläger, dem auf die Klage schriftliches Verfahren gestattet wird, insbesondere weiter gar keinen andern.

Weilers Motive §. 216 Absatz 2.

Es wird deßhalb auf eine Klage, worin schriftliches Verfahren für den Kläger erbeten und gestattet ist, dennoch mündliche Verhandlungstagfahrt angeordnet, dem Beklagten aber die Alternative vergönnt, entweder in der Tagfahrt mündlich, oder längstens bis dahin schriftlich sich auf die Klage vernehmen zu lassen, §. 218, 221, 253 der Proceßordnung, weil beide Parteien vor Gericht gleiche Rechte genießen. §. 332 der Proceßordnung.

2) Es ist mit wenigen Ausnahmen Grundsatz der Verhandlungsmaxime, daß nur auf Veranlassen der Parteien der Richter thätig werden darf. Sollen die Processe nun nicht endlos werden, so müssen die Proceßhandlungen in gewissen Fristen vorgenommen werden. §. 355, 363, 369 der Proceßordnung. Der Beklagte hat insbesondere ein Recht zu verlangen, daß die ihm ungünstigen Wirkungen der Litispendenz, §. 257 der Proceßordnung, sobald wie möglich erlöschen. Nun hat die Vermuthung, der Kläger verzichte auf die weitere Rechtsverfolgung, wenn er in der Tagfahrt nicht schriftlich anruft, so viel Gründe für sich, wie wenn er bei dem mündlichen Verfahren persönlich in der Tagfahrt ausbleibt, und der erschienene Beklagte sich nicht auf die Klage einlassen will, weil er in beiden Fällen durch sein Ausbleiben die Nichtachtung der gerichtlichen Hilfe zu erkennen gibt.

In wie vielen Fällen ist es aber für den Beklagten, der die Kosten eines Rechtsstreits deßhalb nicht wagt, weil er die materielle Grundlosigkeit der Ansprüche seines verarmten Gegners kennt, nicht besser, wenn er die Wohlthat des §. 259 der Proceßordnung genießt, als einen

Prozeß beginnt, in welchem er nie seine Kosten rückersetzt erlangt, und in dem bis zum Urtheil die Wirkungen der Litispendenz fortdauern? —

Es ist aber

3) das bezeichnete Verfahren auch im Gesetz der Zweckmäßigkeit gegründet. Liegt dem Kläger an der Verfolgung seines Rechtes, so wird er, sobald ihm Kenntniß von der Ladungsverfügung zukommt, sich dafür interessiren, wie sich sein Beklagter auf die behändigte Klage gerire. Im günstigen Falle dauert die Ausfertigung und Zustellung einer Vernehmlassung, wenn eine solche abgegeben wird, einige Tage. Die Erfahrung weist nach, daß in dieser Zwischenzeit der diligente Kläger der Regel nach sein Anrufen einreicht, das nun durch Abgabe der Vernehmlassung allerdings unnütz wurde. Weiß der Kläger nun, daß sein Anrufen nach Ablauf der Tagfahrt unberücksichtiget bleibt, so wird er die Folgen einer circumducirten Tagfahrt vermeiden, somit diligens sein, und die Zahl unnützer Anrufen nicht vermehren. Es wird aber durch Anwendung dieser Maxime auch der Grundsatz der Rechtsgleichheit der Parteien seinem Ziele näher gebracht, es hat nämlich nicht allein der säumige Beklagte nachtheilige Folgen zu gewärtigen, sondern auch der morose Kläger die Folgen einer circumducirten Tagfahrt, während es sonst in seiner Willkür liegt, die Wirkungen der Litispendenz so lange zu erhalten, als ihm beliebt. Landrechtssatz 2247, §. 802, §. 808 der Proceßordnung.

Auf die Einwendung: der Beklagte wird sich schon bestreben, diese Wirkungen zu beseitigen, habe ich bereits oben entgegnet. Ebenso ist auch nur scheinbar der Einwand: der Kläger werde nicht arktatorisch geladen, oder ihm unter keinem Präjudiz schriftliches Verfahren gestattet. Es geschieht dies auch beim mündlichen Verfahren nicht, und dennoch bezweifelt gewiß Niemand den Eintritt der Folgen des §. 259, 309 der Proceßordnung nach Landrechtssatz 1, 6, beim Ausbleiben des Klägers.

4) Vergleicht man die Paragraphen 216, 312, 332 der Proceßordnung, so wird auf dem Wege der logischen Interpretation sich schwerlich ein anderes Resultat, wie die bejahende Antwort der Frage erzielen lassen.

Daß übrigens die Folgen, zu welcher Ansicht man sich bekennt, im einzelnen Falle nicht unwichtig sind, zeigt ein Hinblick auf §. 257 der Proceßordnung, obgleich nicht die Wichtigkeit der Folgen die Anwendung der Gesetze bestimmt, sondern diese jene verlangen, weil sie Gesetze sind.

Marquier. *)

IV.

Zum Thatbestande des Meineides ist neben der wissentlich falschen Aussage auch noch ein leidenschaftliches und verwerfliches Interesse des Deponenten erforderlich.

Dieser Grundsatz wurde in den Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 17. Juli 1847 in der Untersuchungssache gegen J. Fr. Mayer wegen Handgelübdebruchs folgendermaßen motivirt: Schon das römische Recht habe zu dem im Rechtsgebiet verpönten dolus einen unerlaubten verwerflichen Beweggrund oder Zweck erfordert, also einen Zweck, der unter die schändlichen (turpes) gehöre, was durch den Beisatz dolus *malus* hervorgehoben worden sei. Denselben Gedanken drücke auch das Strafedikt aus, wenn es im §. 40 sage: „welche einen Versprucheid nicht etwa blos aus Uebereilung und Nachlässigkeit, sondern wissentlich und um eines leidenschaftlichen Vortheils willen brechen."

Dieses Erforderniß sei zwar zunächst nur hinsichtlich des allgemeinen Versprucheides besonders hervorgehoben, allein es sei nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber für diesen Eidbruch ein weiteres Erforderniß festsetzen wollte, als für andere falsche Eide, daß letztere schon dann als Meineide bestraft werden sollen, wenn ein leidenschaftliches Interesse überall nicht aus den Umständen hervorleuchte. Vielmehr habe es der Gesetzgeber nur für nothwendig erachtet, bei dem allgemeinen Versprucheid besonders auf dieses Requisit aufmerksam zu machen.

Nach dem neuen Strafgesetzbuch (Tit. 34. §. 484 2c.) ist der leidenschaftliche Vortheil des Schwörenden nicht unter die wesentlichen Merkmale des Thatbestandes eines Meineides aufgenommen, indem schon die wissentlich falsche Versicherung allein genügt.

D. R.

---

*) Rechtspraktikant in Engen.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. | **Nro. 41.** | Karlsruhe, den 9. Oktober 1847.

Entwurf
einer
Wechselordnung für die preußischen Staaten
als
Grundlage eines allgemeinen deutschen Wechselrechts. *)

Erster Abschnitt.

Von der Wechselfähigkeit.

§. 1.

Wechselfähig sind alle Personen, welche sich durch Darlehens-Verträge gültig verpflichten können.

§. 2.

Der Wechselschuldner haftet für die Erfüllung der übernommenen Wechselverbindlichkeit bei Vermeidung des sofort erfolgenden Personal-Arrestes.

Jedoch ist der Wechsel-Personal-Arrest nicht zulässig:

1. gegen Offiziere und Soldaten des Preußischen stehenden Heeres, so wie gegen Landwehr-Offiziere und Landwehrmänner im aktiven Dienst, auch wenn ihre Wechselverbindlichkeit aus einem gültig von ihnen eingegangenen Darlehns-Vertrage entsprungen ist;
2. gegen Frauen, wenn sie nicht selbstständig ein Gewerbe treiben;
3. gegen die Erben eines Wechselschuldners;
4. aus Wechselerklärungen, welche in Angelegenheiten von Korporationen, Aktiengesellschaften und anderen juristischen Personen oder in Angelegenheiten solcher Personen, welche zu eigener Vermögens-Verwaltung unfähig sind, von den zur Vertretung bestellten Personen ausgestellt werden.

§. 3.

Finden sich auf einem Wechsel Unterschriften von Personen, welche eine Wechselverbindlichkeit gar nicht, oder nicht mit vollem Erfolge eingehen können, so hat dies auf die Verbindlichkeit der übrigen Wechselverpflichteten keinen Einfluß.

Zweiter Abschnitt.

Von gezogenen Wechseln.

§. 4.

I. Erfordernisse eines Wechsels.

Die wesentlichen Erfordernisse eines im Inlande ausgestellten gezogenen Wechsels sind:

1. die in den Kontext aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel, Wechselbrief oder Tratte, oder wenn der Wechsel in einer fremden Sprache ausgestellt ist, ein jener Bezeichnung entsprechender Ausdruck in der fremden Sprache;
2. die Bezeichnung der zu zahlenden Geldsumme;
3. der Name der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll (des Remittenten);
4. die Bestimmung der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll; die Zahlungszeit kann nur bestimmt werden
   auf einen bestimmten Tag,
   auf Sicht (a vista) oder auf eine bestimmte Zeit nach Sicht,
   auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach dato),
   auf eine Messe oder einen Markt (Meß- oder Markt-Wechsel);

*) Zum gehörigen Verständniß der nachfolgenden Bemerkungen darf der Abdruck des Entwurfes selbst um so weniger fehlen, als derselbe allgemeines Interesse darbietet und daher wohl verdient, dem größeren Publicum bekannt zu werden. D. R.

5. die Unterschrift des Ausstellers (Trassanten) mit seinem Namen oder seiner Firma;
6. die Angabe des Orts, Monatstages und Jahres der Ausstellung;
7. der Name der Person oder die Firma, welche die Zahlung leisten soll (des Bezogenen oder Trassaten);
8. die Bestimmung des Orts, wo die Zahlung geschehen soll.

§. 5.

Der Aussteller kann sich selbst als Bezogenen (§. 4. Nr. 7.) bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Orte, als dem der Ausstellung geschehen soll (trassirt-eigene Wechsel).

Desgleichen kann der Aussteller sich als Remittenten (§. 4. Nr. 3) benennen (Wechsel an eigene Ordre).

§. 6.

Ist die zu zahlende Geldsumme (§. 4. No. 2.) in Buchstaben und in Ziffern ausgedrückt, so entscheidet bei Abweichungen die in Buchstaben ausgedrückte Summe.

§. 7.

Der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen angegebene Ort gilt für den Wechsel als Wohnort des Bezogenen und, wenn in demselben kein Zahlungsort angegeben ist, zugleich als Zahlungsort.

§. 8.

Aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels (§. 4.) fehlt, entsteht keine wechselmäßige Verbindlichkeit. Auch haben die auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) keine Wechselkraft.

§. 9.

II. Verpflichtung des Ausstellers.

Der Aussteller eines Wechsels haftet dem Remittenten und jedem späteren Eigenthümer des Wechsels für die Annahme und Bezahlung des Wechsels wechselmäßig.

§. 10.

III. Indossament.

Der Remittent kann seine Rechte aus dem Wechsel an einen Andern durch Indossament (Giro) in allen Fällen übertragen, in welchen der Aussteller dies in dem Wechsel nicht ausdrücklich untersagt hat.

§. 11.

Durch das Indossament gehen alle Rechte des Indossanten aus dem Wechsel auf den neuen Eigenthümer (Indossatar) über, insbesondere auch die Befugniß, den Wechsel weiter zu indossiren. Diese Wirkung hat das Indossament auch dann, wenn der Wechsel an den Trassanten, Trassaten, Acceptanten oder einen frühern Indossanten indossirt, und von demselben weiter begeben worden ist.

§. 12.

Das Indossament muß auf den Wechsel, eine Kopie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Kopie verbundenes Blatt (Alonge) geschrieben werden.

§. 13.

Auch ein Blanko-Indossament, d. h. ein solches, bei welchem der Eigenthümer des Wechsels nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels oder der Kopie, oder auf die Alonge schreibt, ist als ein vollkommen gültiges Indossament zu betrachten.

§. 14.

Jeder Eigenthümer eines Wechsels ist befugt, die auf demselben befindlichen Blanko-Indossamente auszufüllen; insbesondere den Namen oder die Firma des Indossatars, und die Angabe des Orts, Monatstages und Jahres der Indossirung einzurücken; er kann den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung weiter indossiren.

§. 15.

Der Indossant haftet jedem spätern Eigenthümer des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig. Hat er aber dem Indossament die Bemerkung „ohne Gewährleistung“ oder „ohne Obligo“ hinzugefügt, so ist er von der Verbindlichkeit aus seinem Indossamente befreit.

§. 16.

Ein nach dem Verfalltage des Wechsels ausgestelltes Indossament hat nur die Wirkung einer Cession.

§. 17.

Sind dem Indossamente die Worte „zur Einkassirung“ oder „in Procura“ beigefügt worden, so überträgt dasselbe das Eigenthum an dem Wechsel nicht, legitimirt aber den Indossatar gegen jeden Wechselschuldner zur Einziehung der Wechselforderung, Protesterhebung und Einklagung im Falle der Nichtzahlung, so wie zur Erhebung der Wechselforderung aus gerichtlichen Depositorien.

Ein solcher Indossatar ist auch berechtigt, diese Befugnisse durch ein weiteres Indossament „zur Einkassirung" oder „in Procura" einem Andern zu übertragen.

Durch die Beifügung anderer Worte als der „zur Einkassirung" oder „in Procura" wird dem Indossamente die im §. 11 bezeichnete Wirkung nicht entzogen.

§. 18.

IV. Präsentation zur Annahme.

Der Eigenthümer eines Wechsels ist von den nachstehend bezeichneten Zeitpunkten an berechtigt, den Wechsel dem Bezogenen zur Annahme zu präsentiren und in Ermangelung der Annahme Protest erheben zu lassen:

1. bei Wechseln, welche am Orte der Ausstellung zahlbar sind (Platzwechseln) vom Tage der Ausstellung an;
2. bei Wechseln, welche außerhalb des Orts der Ausstellung zahlbar sind, von der Zeit an, zu welcher der Bezogene nach dem gewöhnlichen Postenlaufe einen am Tage der Ausstellung zur Post gegebenen Avisbrief vom Aussteller erhalten haben kann;
3. bei allen in- oder außerhalb des Orts der Ausstellung zahlbaren Meß- oder Marktwechseln vom ersten in der Meß- oder Markt-Ordnung des Zahlungsorts bestimmten Präsentationstage an.

Der bloße Besitz des Wechsels ermächtigt zur Präsentation des Wechsels und zur Protesterhebung.

§. 19.

Eine Verpflichtung, den Wechsel zur Annahme zu präsentiren, findet nur bei Wechseln statt, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten.

Solche Wechsel müssen, bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen die inländischen Indossanten und den inländischen Aussteller, nach Maßgabe der besonderen im Wechsel ausgedrückten Verabredung, und in Ermangelung derselben binnen der nachfolgenden Fristen zur Annahme präsentirt werden:

1. wenn der Wechsel von einem Platze des Inlandes oder eines andern Landes in Europa auf einen Platz des Inlandes gezogen ist, binnen drei Monaten nach der Ausstellung;
2. wenn der Wechsel von einem außereuropäischen Platze auf einen Platz des Inlandes gezogen ist, binnen einem Jahre nach der Ausstellung.

In dem Monate, in welchem hienach die Präsentation des Wechsels spätestens erfolgen muß, kann die Präsentation noch an dem Kalendertage, der durch seine Zahl dem Tage der Ausstellung entspricht, erfolgen. Fehlt dieser Kalendertag in dem gedachten Monate, so muß die Präsentation spätestens am letzten Tage dieses Monats erfolgen.

§. 20.

Ist die Annahme eines auf eine bestimmte Zeit nach Sicht gestellten Wechsels nicht zu erhalten, oder verweigert der Bezogene die Datirung seines Accepts, so kann der Eigenthümer des Wechsels den Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen die Indossanten und den Aussteller nur dadurch verhindern, daß er die rechtzeitige Präsentation des Wechsels durch einen innerhalb der Präsentationsfrist (§. 19) erhobenen Protest feststellen läßt.

Gegen den Acceptanten, welcher die Datirung seines Accepts unterlassen hat, wird die Verfallzeit des Wechsels, wenn der Eigenthümer des Wechsels keinen Protest hat erheben lassen, vom letzten Tage der Präsentationsfrist an gerechnet.

§. 21.

V. Annahme (Acceptation).

Die Annahme des Wechsels muß auf dem Wechsel schriftlich geschehen. Hierzu genügt, daß der Bezogene seinen Namen oder seine Firma auf die Vorderseite des Wechsels schreibt.

Die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden.

§. 22.

Der Bezogene wird durch die Annahme des Wechsels wechselmäßig verpflichtet, die im Wechsel verschriebene Summe zur Verfallzeit zu zahlen.

§. 23.

Der Bezogene, welcher den Wechsel acceptirt, jedoch nicht bezahlt hat, haftet auch dem Aussteller wechselmäßig.

Dagegen steht dem Bezogenen kein Wechselrecht gegen den Aussteller zu.

§. 24.

Ist ein Wechsel auf eine geringere Summe oder unter anderen im Accepte ausgedrückten Einschränkungen angenommen worden, so wird der Wechsel einem solchen

gleich geachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist, der Acceptant haftet aber nach dem Inhalte seines Accepts wechselmäßig.

§. 25.

Ist in dem Wechsel ein von dem Wohnort des Bezogenen verschiedener Zahlungsort (§. 4. No. 8 und §. 7) angegeben (Domizil-Wechsel), so muß, in sofern der Wechsel nicht schon ergibt, durch wen die Zahlung am Zahlungsorte erfolgen soll, dies vom Acceptanten bei der Acceptation auf dem Wechsel bemerkt werden. Ist dies nicht geschehen, so wird angenommen, daß der Acceptant selbst die Zahlung am Zahlungsorte leisten wolle.

§. 26.

VI. Regreß auf Sicherstellung.

1. Wegen nicht erhaltener Annahme.

Wenn die Annahme eines Wechsels überhaupt nicht, oder nur unter Einschränkungen (§. 24) erfolgt ist, so sind die Indossanten und der Aussteller wechselmäßig verpflichtet, gegen Aushändigung des wegen Mangels Annahme aufgenommenen Protestes genügende Sicherheit durch Pfand oder Bürgen dahin zu leisten, daß die Bezahlung der ganzen im Wechsel verschriebenen Summe und der durch die Nicht-Einnahme veranlaßten Kosten am Verfalltage erfolgen werde.

Jedoch sind diese Personen auch befugt, auf ihre Kosten die schuldige Summe gerichtlich zu deponiren oder im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln nach der dort bestehenden Einrichtung bei der Preußischen Bank niederzulegen.

§. 27.

Jeder Indossatar wird durch den Besitz des wegen Mangels Annahme aufgenommenen Protestes legitimirt, von seinen Vormännern Sicherheit zu fordern und im Wege des Wechselprozesses darauf zu klagen. Er ist hierbei an die Folgeordnung der Indossamente nicht gebunden.

Der Beibringung des Wechsels und des Nachweises, daß der Regreßnehmer seinen Hintermännern selbst Sicherheit bestellt habe, bedarf es nicht.

§. 28.

Die bestellte Sicherheit muß zurückgegeben werden, sobald die vollständige Acceptation des Wechsels nachträglich erfolgt ist; ferner alsdann, wenn gegen den Regreßpflichtigen, welcher sie bestellt hat, binnen Jahresfrist, vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet, auf Zahlung aus dem Wechsel nicht geklagt worden ist.

§. 29.

2. Wegen Unsicherheit des Acceptanten.

Ist der Wechsel vollständig acceptirt worden, so kann Sicherheit nur gefordert werden:

1. wenn der Acceptant schriftlich erklärt hat, daß sein Vermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger unzureichend sei, oder wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist;
2. wenn der Acceptant sich auf flüchtigen Fuß gesetzt hat;
3. wenn nach Ausstellung des Wechsels eine Exekution in das Vermögen des Acceptanten fruchtlos ausgefallen, oder wider denselben wegen Erfüllung einer Zahlungs-Verbindlichkeit Personal-Arrest verhängt worden ist.

Wenn in diesen Fällen die Sicherheit von dem Acceptanten nicht geleistet und dieserhalb Protest gegen denselben erhoben ist, so kann der Eigenthümer des Wechsels und jeder Indossant auf Grund des wegen Mangels Sicherheit aufgenommenen Protestes und gegen Auslieferung dieses Protestes von seinen Vormännern Sicherstellung fordern (§. 26).

Der bloße Besitz des Wechsels vertritt die Stelle einer Vollmacht, in den vorstehend No. 1—3 genannten Fällen von dem Acceptanten Sicherheitsbestellung zu fordern, und wenn solche nicht zu erhalten ist, Protest erheben zu lassen.

§. 30.

VII. Erfüllung der Wechsel-Verbindlichkeit.

1. Zahlungstag.

Ist in dem Wechsel ein bestimmter Tag als Zahlungstag bezeichnet, so tritt die Verfallzeit an diesem Tage ein.

Ist die Zahlungszeit auf die Mitte eines Monats gesetzt worden, so ist der Wechsel am 15. dieses Monats fällig.

§. 31.

Ein auf Sicht gestellter Wechsel ist bei der Vorzeigung fällig.

Die Präsentation eines Wechsels auf Sicht, welcher auf einen inländischen Platz gezogen ist, muß bei Verlust des wechselmäßigen Anspruches gegen die inländischen In-

dossanten und den inländischen Aussteller binnen der im §. 19 bestimmten Fristen bewirkt werden.

§. 32.

Bei Wechseln, welche mit dem Ablauf einer bestimmten Frist nach Sicht oder nach Dato zahlbar sind, tritt die Verfallzeit ein:

1. wenn diese Frist nach Tagen oder Wochen bestimmt ist, an dem letzten Tage der Frist; bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der nach Dato zahlbare Wechsel ausgestellt oder der nach Sicht zahlbare vorgezeigt ist, nicht mitgerechnet;
2. wenn die Frist nach Monaten oder nach einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Kalendertage des Zahlungsmonats, der durch seine Zahl dem Tage der Ausstellung oder Vorzeigung entspricht; fehlt dieser Tag in dem Zahlungsmonate, so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungsmonats ein.

Der Ausdruck „halber Monat" wird einem Zeitraume von 15 Tagen gleichgeachtet. Ist der Wechsel auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen.

§. 33.

Respittage finden fortan bei Wechseln nicht statt.

§. 34.

Ist ein im Inlande zahlbarer Wechsel in einem Lande, in welchem nach altem Style gerechnet wird, ausgestellt, und dabei nicht durch einen Zusatz angedeutet worden, daß der Wechsel nach neuem Styl datirt sei, oder ist solcher nach beiden Stylen datirt, so wird der Verfalltag, sofern solcher von der Zeit der Ausstellung abhängt, nach demjenigen Kalendertage neuen Styls berechnet, welcher dem nach altem Styl sich ergebenden Tage der Ausstellung entspricht.

§. 35.

Meß- oder Marktwechsel werden an dem nach der Meß- oder Marktordnung des Zahlungsorts für die Zahlungen auf der Messe oder dem Markte festgesetzten Tage, und in Ermangelung einer solchen Festsetzung an dem Tage vor dem gesetzlichen Schlusse der Messe oder des Marktes fällig.

Dauert die Messe oder der Markt nur einen Tag, so tritt die Verfallzeit des Wechsels an diesem Tage ein.

§. 36.

2. Zahlung.

Der Inhaber eines indossirten Wechsels wird durch eine zusammenhängende bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigenthümer des Wechsels legitimirt. Das erste Indossament muß demnach von dem Remittenten, jedes folgende Indossament von demjenigen ausgestellt sein, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar bezeichnet. Ein auf ein Blanko-Indossament folgendes Indossament ist als von demjenigen ausgestellt zu erachten, welcher den Wechsel durch das Blanko-Indossament erworben hatte.

Ausgestrichene Indossamente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen.

Die Aechtheit der Indossamente zu prüfen ist der Zahlende nicht verpflichtet.

§. 37.

Lautet ein im Inlande zahlbarer Wechsel auf eine Münzsorte, welche im Inlande keinen Umlauf hat, oder auf eine Rechnungsmünze, so kann die Wechselsumme nach ihrem Werthe zur Verfallzeit in Preußischem Gelde gezahlt werden.

Ist ein im Inlande zahlbarer Wechsel auf eine Summe von Thalern mit dem Zusatze: „in Golde" ausgestellt, so muß die Zahlung in Friedrichsd'oren, das Stück zu 5 Thalern gerechnet, geleistet werden.

§. 38.

Der Eigenthümer des Wechsels ist zur Annahme von Theilzahlungen befugt, aber nicht verpflichtet, und zwar auch dann nicht, wenn die Acceptation auf eine geringere Summe, als die verschriebene erfolgt ist.

§. 39.

Der Wechselschuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet.

Hat der Eigenthümer des Wechsels eine Theilzahlung angenommen, so kann der Zahlende nur verlangen, daß die Zahlung auf dem Wechsel abgeschrieben und ihm Quittung auf einer beglaubigten Abschrift des Wechsels ertheilt werde.

§. 40.

VIII. Regreß Mangels Zahlung.

Zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten ist erforderlich:

1. daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden ist, und
2. daß sowohl diese Präsentation als die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen Protest dargethan wird.

Die Erhebung des Protestes ist schon am Zahlungstage von 3 Uhr Nachmittags an zulässig, sie muß aber spätestens am nächstfolgenden Werktage geschehen.

Die Klausel „ohne Protest“ oder „ohne Kosten“, so wie jede andere Erklärung, durch welche der Wechselinhaber von der Verpflichtung zur Protestaufnahme im Voraus entbunden wird, ist wirkungslos.

§. 41.

Domizilirte Wechsel sind dem Domiziliaten, oder wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Trassaten selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domizilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren, und wenn die Zahlung unterbleibt, dort zu protestiren.

Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiziliaten verabsäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten, so wie gegen den Aussteller und die Indossanten verloren.

§. 42.

Zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten bedarf es mit Ausnahme des im §. 41 erwähnten Falles weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protestes.

§. 43.

Dem Eigenthümer eines wegen Mangels Zahlung rechtzeitig protestirten Wechsels sind sämmtliche Vormänner solidarisch verpflichtet.

Es steht in seiner Wahl, von welchem Wechselverpflichteten er zunächst seine Befriedigung fordern will.

§. 44.

Der Eigenthümer des Wechsels muß denjenigen seiner Vormänner, von welchem er zuerst seine Befriedigung fordern will, wenn dieser an demselben Orte wohnt, spätestens am zweiten Tage nach Ablauf des Tages, an welchem der Protest erhoben worden, von der Nichtzahlung des Wechsels benachrichtigen, und ihm in derselben Frist den Wechsel und die Protest-Urkunde zur Einlösung vorlegen.

Wohnt der in Anspruch zu nehmende Vormann an einem andern Orte, so muß die Benachrichtigung an ihn spätestens am zweiten Tage nach Ablauf des Tages, an welchem der Protest erhoben worden, zur Post gegeben, und diesem Vormanne der Wechsel nebst der Protest-Urkunde spätestens am zweiten Tage, nach Ankunft der Post, mit welcher die Benachrichtigung abzusenden war, zur Einlösung vorgelegt werden.

Die Beobachtung dieser Vorschriften erhält das Wechselrecht auch gegen den in Anspruch genommenen Vormann und dessen Vormänner.

§. 45.

Will der Inhaber des Wechsels sich das Wechselrecht auch gegen die Hintermänner des in Anspruch genommenen Vormanns erhalten, so muß er jeden dieser Hintermänner spätestens binnen zwei Tagen nach Ablauf des Tages, an welchem der Protest erhoben worden, von der Nichtzahlung des Wechsels, unter Beifügung einer Abschrift der Protest-Urkunde, benachrichtigen.

Gegen die an einem andern Orte wohnenden Hintermänner wird das Wechselrecht schon erhalten, wenn die Benachrichtigung nebst Abschrift des Protestes innerhalb der vorgedachten Frist zur Post gegeben worden.

Das Wechselrecht wird jedoch durch die Beobachtung dieser Vorschrift gegen die Hintermänner des in Anspruch genommenen Vormanns nur dann erhalten, wenn auch die Vorschrift §. 44 beobachtet worden.

§. 46.

Jeder Indossant, welcher im Wege des Regresses den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, muß gegen diejenigen Vormänner, gegen welche er sich das Wechselrecht erhalten will, die Vorschriften der §§. 44 und 45 gleichfalls beobachten. Die Frist zur Beobachtung dieser Vorschriften beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem er den Wechsel eingelöst hat.

§. 47.

Auch wenn ein Wechsel im Wege des Regresses vom Auslande her in das Inland übergeht, muß der inländische Indossant den inländischen Wechselverpflichteten gegenüber bei Verlust seines Wechselrechts gegen dieselben die Vorschriften der §§. 44, 45 und 46 beobachten.

§. 48.

Dem Eigenthümer des Wechsels bleiben diejenigen Vormänner, gegen welche er sich das Wechselrecht erhalten hat, so wie der Acceptant, innerhalb der Verjährungsfrist (§. 73) wechselmäßig verhaftet. Der Eigen-

thümer kann die Wechselklage gegen alle Wechselverpflichtete oder auch nur gegen Einige oder Einen derselben anstellen, ohne dadurch seinen Anspruch gegen die nicht in Anspruch genommenen Verpflichteten zu verlieren. Er kann auch die in der einen oder andern Art angestellte Klage zurücknehmen und eine zweite Klage erheben, ohne dadurch den Regreß gegen diejenigen zu verlieren, welche er in der ersten Klage belangt hatte.

§. 49.

Der Rechtsanspruch des Eigenthümers des Wechsels, welcher den Protest Mangels Zahlung hat erheben lassen, umfaßt:

1. die nicht bezahlte Wechselsumme nebst Verzugszinsen vom Verfalltage ab,
2. die Protestkosten,
3. eine Provision von 1/3 Prozent.

§. 50.

Der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, ist von einem frühern Indossanten oder von dem Aussteller zu fordern berechtigt:

1. die ganze von ihm gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe nebst Verzugszinsen vom Tage der Zahlung,
2. die ihm entstandenen Kosten,
3. eine Provision von 1/3 Prozent.

§. 51.

Die in den §§. 49 und 50 angegebenen Beträge müssen, wenn der Regreßpflichtige an einem andern Orte als der Regreßnehmer, wohnt, zu demjenigen Course gezahlt werden, welchen ein vom Wohnorte des Regreßnehmers auf den Wohnort des Regreßpflichtigen gezogener Wechsel auf Sicht hat.

Der Regreßpflichtige kann die Bescheinigung dieses Courses durch den Kurszettel oder durch ein Attest zweier Kaufleute fordern.

§. 52.

Der Regreßnehmer kann über den Betrag seiner Forderung einen Rückwechsel auf den Regreßpflichtigen ziehen.

Der Forderung treten in diesem Falle noch die Mäklergebühren für Negozirung des Rückwechsels hinzu.

Der Rückwechsel muß auf Sicht zahlbar und unmittelbar (a drittura) gestellt werden.

§. 53.

Der Regreßpflichtige ist nur gegen Auslieferung des Wechsels, des Protestes, einer quittirten Retourrechnung, so wie der Belege über die außer der Wechselsumme in der Retourrechnung aufgeführten Posten, Zahlung zu leisten verbunden.

§. 54.

Jeder Indossant, der einen seiner Hintermänner befriedigt hat, kann sein eigenes und seiner Hintermänner Giro ausstreichen.

§. 55.

IX. Intervention.

1. Ehren-Annahme.

Der Eigenthümer eines Wechsels, dessen Annahme bei dem Bezogenen nicht zu erhalten ist, hat keine Verpflichtung, die Annahme bei einer Nothaddresse zu fordern.

Läßt jedoch der Eigenthümer den Wechsel von einer Nothaddresse oder einem andern Intervenienten zu Ehren acceptiren, so begibt er sich hierdurch des Rechts, wegen nicht erfolgter Annahme Seitens des Bezogenen Sicherstellung von dem Aussteller und den Indossanten zu fordern (§§. 26—28).

§. 56.

Im Falle der Ehrenannahme ist in dem Accepte zu vermerken, zu wessen Ehren sie geschieht. Fehlt dieser Vermerk, so wird der Trassant als Honorat angesehen.

§. 57.

Der Ehrenacceptant wird den sämmtlichen Hintermännern des Honoraten durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet. Diese Verpflichtung erlischt, wenn vom Ehren-Acceptanten der Wechsel nicht spätestens am nächsten Werktage nach dem Zahlungstage zur Zahlung vorgelegt wird.

§. 58.

2. Ehrenzahlung.

Befinden sich auf dem von dem Bezogenen nicht eingelösten Wechsel oder der Kopie desselben Nothaddressen oder ein Ehrenaccept, welche auf den Zahlungsort lauten, so kann der Eigenthümer des Wechsels den wechselmäßigen Anspruch gegen seine Vormänner nur dadurch sich erhalten, daß er

1. den Protest Mangels Zahlung erheben und
2. in diesem Proteste oder in einem Anhange zu demselben feststellen läßt, daß der Wechsel spätestens

am nächsten Werktage nach dem Zahlungstage sämmtlichen Nothaddressen und dem etwa vorhandenen Ehren-Acceptanten zur Zahlung vorgelegt worden, letztere aber nicht zu erhalten gewesen ist.

§. 59.

Dem Ehrenzahler muß der Wechsel und der Protest Mangels Zahlung gegen Erstattung der Kosten ausgehändigt werden.

Er tritt durch die Ehrenzahlung in die Rechte des Eigenthümers gegen den Honoraten, dessen Vormänner und den Acceptanten.

§. 60.

Unter mehreren Ehrenzahlern gebührt demjenigen der Vorzug, durch dessen Zahlung die meisten Wechselschuldner befreit werden.

Ein Intervenient, welcher zahlt, obgleich aus dem Wechsel oder dem Proteste ersichtlich ist, daß ein Anderer, dem er hiernach nachstehen müßte, den Wechsel einzulösen bereit war, hat keinen Regreß gegen diejenigen Indossanten, welche durch Leistung der von dem Andern angebotenen Zahlung befreit worden wären.

§. 61.

Der Ehrenzahler ist befugt, für die Intervention eine Provision von 1/3 Prozent zu verlangen.

Der Ehren-Acceptant, welcher nicht zur Zahlungsleistung gelangt, weil der Bezogene oder ein anderer Intervenient gezahlt hat; ist berechtigt, diese Provision von dem Zahlenden zu fordern.

§. 62.

X. Vervielfältigung eines Wechsels.

1. Wechselduplikate.

Der Aussteller eines gezogenen Wechsels ist verpflichtet, dem Remittenten auf Verlangen gegen Erstattung der Kosten mehrere gleichlautende Exemplare des Wechsels zu überliefern.

Dieselben müssen im Kontext als Prima, Secunda, Tertia bezeichnet sein, widrigenfalls jedes Exemplar als ein für sich bestehender Wechsel (Sola-Wechsel) erachtet wird.

Auch Seitens eines Indossatars kann ein Duplikat des Wechsels gegen Erstattung der Kosten verlangt werden. Er muß sich dieserhalb an seinen unmittelbaren Vormann wenden, welcher wiederum an seinen Vormann zurückgehen muß, bis die Anforderung an den Aussteller gelangt. Jeder Indossatar kann von seinem Vormanne verlangen, daß die früheren Indossamente auf dem Duplikate wiederholt werden.

§. 63.

Ist von mehreren ausgefertigten Exemplaren das eine bezahlt, so verlieren dadurch die andern ihre Kraft.

Jedoch bleiben aus den übrigen Exemplaren verhaftet:

1. der Indossant, welcher mehrere Exemplare desselben Wechsels an verschiedene Personen indossirt hat und alle späteren Indossanten, deren Unterschriften sich auf den bei der Zahlung nicht zurückgegebenen Exemplaren befinden, aus ihren Indossamenten;
2. der Acceptant, welcher mehrere Exemplare desselben Wechsels acceptirt hat, aus den Accepten auf den bei der Zahlung nicht zurückgegebenen Exemplaren.

§. 64.

Wer eines von mehreren Exemplaren eines Wechsels zur Acceptation versandt hat, muß auf den übrigen Exemplaren vermerken, wo und bei wem das von ihm zur Acceptation versandte Exemplar anzutreffen ist. Das Unterlassen dieses Vermerks entzieht jedoch dem Wechsel nicht die Wechselkraft.

Der Verwahrer des zum Accept versandten Exemplars ist verpflichtet, dasselbe demjenigen auszuliefern, der sich als Indossatar (§. 36) oder auf andere unverdächtige Weise zur Empfangnahme legitimirt.

§. 65.

Der Eigenthümer eines Duplikats, auf welchem angegeben ist, bei wem das zum Accept versandte Exemplar sich befindet, kann Mangels Annahme desselben den Regreß auf Sicherstellung, und Mangels Zahlung den Regreß auf Zahlung nicht eher nehmen, als bis er durch Protest hat feststellen lassen:

1. daß das zum Accept versandte Exemplar ihm vom Verwahrer nicht verabfolgt worden ist, und
2. daß auch die Annahme des Duplikats oder die Zahlung nicht zu erlangen gewesen.

(Fortsetzung folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe, den 16. Oktober 1847.

Entwurf
einer
Wechselordnung für die preußischen Staaten
als
Grundlage eines allgemeinen deutschen Wechselrechts. *)

(Fortsetzung.)

§. 66.

2. Wechselkopien.

Wechselkopien, welche als solche gelten sollen, müssen eine Abschrift des Wechsels und der darauf befindlichen Indossamente und Vermerke enthalten und mit der Erklärung: „bis hierher Abschrift (Kopie)“ oder mit einer ähnlichen Bezeichnung versehen sein.

§. 67.

Jedes auf einer Kopie befindliche Original-Indossament verpflichtet den Indossanten eben so, als wenn es auf einem Original-Wechsel stände.

§. 68.

Der Verwahrer des Original-Wechsels ist verpflichtet, denselben dem Besitzer einer mit einem oder mehreren Original-Indossamenten versehenen Kopie auszuliefern, sofern sich derselbe als Indossatar oder auf andere unverdächtige Weise zur Empfangnahme legitimirt.

Wird der Original-Wechsel vom Verwahrer nicht ausgeliefert, so ist der Eigenthümer der Wechselkopie nur nach Aufnahme des im §. 65 No. 1 erwähnten Protestes Sicherstellung, und nach Eintritt des in der Kopie angegebenen Verfalltages Zahlung von den Indossanten zu fordern berechtigt, deren Original-Indossamente auf der Kopie befindlich sind.

§. 69.

XI. Verlorene Wechsel.

Der Eigenthümer eines verlorenen Wechsels kann von dem Acceptanten nach Einleitung des Amortisations-Verfahrens Zahlung fordern, wenn er durch Pfand oder Bürgen Sicherheit dafür bestellt, daß die Amortisation des Wechsels erfolgen werde. Ohne eine solche Sicherheitsbestellung ist er nur die gerichtliche Deposition der aus dem Accept schuldigen Summe oder im Bezirke des Apellationsgerichtshofes zu Cöln nach der dort bestehenden Einrichtung die Niederlegung derselben bei der Preußischen Bank zu fordern berechtigt.

§. 70.

Die Amortisation des Wechsels ist bei dem Gerichte des Zahlungsortes zu beantragen. Letzteres erläßt an den Besitzer des Wechsels eine öffentliche Aufforderung, den Wechsel bei Vermeidung seiner Amortisation binnen einer Frist von zwei Monaten, vom Tage der öffentlichen Aufforderung an gerechnet, dem Gerichte vorzulegen. Geschieht dies binnen dieser Frist nicht, so erklärt das Gericht den Wechsel für amortisirt.

§. 71.

XII. Falsche Wechsel.

Auch wenn die Unterschrift des Ausstellers eines Wechsels falsch oder verfälscht ist, behalten dennoch das ächte Accept und die ächten Indossamente die wechselmäßige Wirkung.

§. 72.

Aus einem mit einem falschen oder verfälschten Accepte oder Indossamente versehenen Wechsel bleiben sämmtliche Indossanten und der Aussteller, deren Unterschriften ächt sind, wechselmäßig verhaftet.

§. 73.

XIII. Wechselverjährung.

Jeder wechselmäßige Anspruch verjährt innerhalb eines Jahres vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet.

Die Verjährung wird nur durch Behändigung der Klage unterbrochen und nur in Beziehung auf denjenigen, gegen welchen die Klage gerichtet ist.

§. 74.

XIV. Klagerecht des Wechselgläubigers.

Die wechselmäßige Verpflichtung trifft den Aussteller, Acceptanten und Indossanten des Wechsels, so wie einen Jeden, welcher den Wechsel, die Wechselkopie, das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per aval) benannt hat.

Die Verpflichtung dieser Personen ist eine solidarische, und erstreckt sich auf Alles, was der Wechsel-Inhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit (§§. 49 bis 51) zu fordern hat.

§. 75.

Ist die wechselmäßige Verbindlichkeit eines Wechselverpflichteten durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind, erloschen, so bleibt der frühere Wechselverpflichtete dem Eigenthümer des Wechsels nur so weit, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde, verhaftet.

Dieser Anspruch kann jedoch nicht im Wechselverfahren verfolgt werden.

§. 76.

XV. Ausländische Wechselerklärungen.

Die wesentlichen Erfordernisse eines im Auslande ausgestellten Wechsels, so wie jeder andern im Auslande ausgestellten Wechselerklärung werden nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, an welchem die Erklärung erfolgt ist.

Entsprechen jedoch die im Auslande geschehenen Wechselerklärungen den Anforderungen des inländischen Gesetzes, so kann daraus, daß sie nach ausländischen Gesetzen mangelhaft sind, kein Einwand gegen die Rechtsverbindlichkeit der später im Inlande auf den Wechsel gesetzten Erklärungen entnommen werden.

Eben so haben Wechsel-Erklärungen, wodurch sich ein Inländer einem andern Inländer im Auslande verpflichtet, Wechselkraft, wenn sie auch nur den Anforderungen der inländischen Gesetzgebung entsprechen.

§. 77.

Ueber die mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen entscheidet das dort geltende Recht.

§. 78.

XVI. Protest.

Jeder Protest muß gerichtlich oder durch einen Notar aufgenommen werden. Im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln sind die Gerichtsvollzieher zur Aufnahme der Proteste befugt.

Der Zuziehung von Zeugen oder eines Protokollführers bedarf es dabei nicht.

§. 79.

Der Protest muß enthalten:

1. eine wörtliche Abschrift des Wechsels und aller darauf befindlichen Indossamente und Vermerke;
2. die Angabe des Orts, so wie des Tages, Monats und Jahres, an welchem die Aufforderung zu der von dem Verpflichteten zu leistenden Handlung bewirkt oder ohne Erfolg versucht worden ist;
3. den Namen dessen, welcher die Aufnahme des Protestes gefordert hat;
4. die Angabe der Umstände, weshalb die von dem Verpflichteten zu leistende Handlung nicht zu erhalten war.

§. 80.

Proteste dürfen nur an einem Tage, welcher kein Sonntag oder gesetzlich anerkannter christlicher Feiertag ist, und nur in der Zeit von 9 bis 12 Uhr Vormittags und von 3 bis 6 Uhr Nachmittags erhoben werden. Ist der Tag, an welchem die Protesterhebung spätestens geschehen konnte, ein Sonntag oder ein gesetzlich anerkannter christlicher Feiertag, so muß der Protest am nächstfolgenden Werktage innerhalb der vorgenannten Geschäftsstunden erhoben werden.

§. 81.

Die Gerichte, Notare und Gerichtsvollzieher sind schuldig, die von ihnen aufgenommenen Proteste nach deren ganzen Inhalte Tag für Tag und nach Ordnung des Datums in ein besonderes Register einzutragen, das von Blatt zu Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen ist.

§. 82.

XVII. Ort und Zeit für Präsentation und andere im Wechsel-Verkehr vorkommende Handlungen.

Der Ort, an welchem der Wechsel zur Annahme oder Zahlung präsentirt werden muß, ist bei Meß- und Marktwechseln der in dem Wechsel angegebene Meß- oder Marktort, bei allen andern Wechseln der in dem Wechsel angegebene Zahlungsort (§. 4 No. 8 und §. 7).

Domizilwechsel sind am Wohnort des Bezogenen zur Annahme und am Zahlungsorte zur Zahlung zu präsentiren (§. 25).

§. 83.

Die Präsentation zur Annahme oder Zahlung, die Protesterhebung, die Abforderung eines Wechsel-Duplikats, so wie alle sonstigen bei einer bestimmten Person vorzunehmenden Akte müssen in deren Geschäftslokal, und in Ermangelung eines solchen, in deren Wohnung vorgenommen werden.

Daß das Geschäftslokal oder die Wohnung einer solchen Person nicht zu ermitteln sei, ist erst alsdann als festgestellt anzunehmen, wenn auch eine dieserhalb bei der Polizeibehörde des Orts geschehene Nachfrage fruchtlos geblieben ist, welches im Proteste bemerkt werden muß.

§. 84.

Die Zahlung des Wechsels, die Herausgabe eines Wechsel-Duplikats, die Erklärung über die Annahme, so wie jede andere Erklärung, können nur an einem Werktage und innerhalb der Geschäftsstunden (§. 80) gefordert werden. Fällt der Zeitpunkt, in welchem die Vornahme einer der vorstehenden Handlungen spätestens gefordert werden mußte, auf einen Sonntag oder gesetzlich anerkannten christlichen Feiertag, so muß diese Handlung am nächsten Werktage innerhalb der Geschäftsstunden gefordert werden.

§. 85.

XVIII. Mangelhafte Unterschriften.

Wechsel, Indossamente, Accepte oder andere Erklärungen, welche statt des Namens nur mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, haben, selbst wenn sie gerichtlich oder notoriell ausgestellt worden, keine Wechselkraft.

Dagegen ist zur Gültigkeit der Namensunterschrift unter Wechselerklärungen die Beifügung des Vornamens nicht erforderlich.

§. 86.

Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre.

Dasselbe gilt von Vormündern und andern gesetzlichen Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen.

Dritter Abschnitt.

Von eigenen Wechseln.

§. 87.

Die wesentlichen Erfordernisse eines im Inlande ausgestellten eigenen (trockenen) Wechsels sind:

1. die in den Kontext aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel oder Wechselbrief, oder wenn der Wechsel in einer fremden Sprache ausgestellt ist, ein jener Bezeichnung entsprechender Ausdruck in der fremden Sprache;
2. die zu zahlende Geldsumme;
3. der Name der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre der Aussteller Zahlung leisten will;
4. die Bestimmung der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll;
5. die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma;
6. die Angabe des Orts, Monatstages und Jahres der Ausstellung;
7. die Bestimmung des Orts, wo die Zahlung geschehen soll.

§. 88.

Eigene Wechsel können auf Kündigung gestellt werden.

In eigenen Wechseln können mit wechselmäßiger Wirkung auch Zinsen der verschriebenen Summe versprochen werden.

§. 89.

Nachstehende, in diesem Gesetze für gezogene Wechsel gegebene Vorschriften gelten auch für eigene Wechsel:

1. die §§. 6 und 8 über die Form des Wechsels;
2. die §§. 10—17 über das Indossament;
3. die §§. 30—39 über die Zahlung;
4. die §§. 40 und 43—54 über den Regreß Mangels Zahlung gegen die Indossanten;
5. die §§. 69—72 über verlorne und falsche Wechsel mit der Maßgabe, daß im Falle des §. 69 die Zahlung durch den Aussteller erfolgen muß;
6. die §§. 73—86 über die Wechselverjährung, das Klagerecht des Wechselgläubigers, die ausländischen Wechselerklärungen, den Protest, den Ort und die Zeit für Präsentation und andere im Wechselverkehr vorkommende Handlungen, so wie über mangelhafte Unterschriften.

Vierter Abschnitt.

Vom Wechselproceß.

§. 90.

Wechselklagen können bei dem Gerichte, welchem der Beklagte persönlich unterworfen ist, oder bei dem Gerichte des Orts, wo die Zahlung geschehen soll, angestellt werden.

Dem Gerichte, welches hiernach zur Entscheidung competent ist, sind auch die übrigen Wechselschuldner unterworfen, sofern sie der Kläger in demselben Processe in Anspruch nimmt oder eine Partei sie adcitiren läßt.

§. 91.

Der Inhaber des Wechsels kann sich selbst dann, wenn für den Wechselanspruch Sicherheit bestellt ist, wegen der Zahlung an die Person des Schuldners halten, ohne vorher die Sicherheit aufgeben zu müssen, in sofern er nicht durch die bestellte Sicherheit sofort befriedigt werden kann.

§. 92.

Ist über das Vermögen des Wechselschuldners Konkurs eröffnet, so kann der Eigenthümer des Wechsels, außer der Verfolgung seines Rechts gegen die Konkursmasse, auch die Person des Wechselschuldners wechselmäßig in Anspruch nehmen.

§. 93.

Der Wechselschuldner kann im Wechselprozesse nur solcher Einreden sich bedienen, welche

1. aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, oder
2. in sofern der Kläger nicht als Cessionar (§. 16) anzusehen ist, aus einem dem Verklagten gegen den Kläger unmittelbar zustehenden Rechte hergeleitet sind.

Der Einwand der Simulation ist niemals zulässig.

§. 94.

Gegenforderungen und Editionsgesuche sind im Wechselprocesse unstatthaft.

§. 95.

Ein Verklagter, gegen welchen die Richtigkeit seiner Unterschrift unter einer Wechselerklärung feststeht, wird im Wechselprocesse mit dem Einwande nicht gehört, daß die über der Unterschrift befindliche Erklärung ohne seine Genehmigung geschrieben worden, oder daß er die Sprache, worin die Erklärung abgefaßt ist, nicht verstehe, oder daß er nur seinen Namen schreiben könne.

§. 96.

Auch auf an sich zulässige Einreden ist, soweit es eines Beweises derselben bedarf, im Wechselprocesse nur dann Rücksicht zu nehmen, wenn dieselben durch Urkunden oder Eidesdelation auf der Stelle bewiesen werden. Einreden, bei denen solche Beweise fehlen, sind, wenn der Verklagte verurtheilt wird, zum abgesonderten Verfahren zu verweisen.

§. 97.

Kommt es auf den Nachweis einer schriftlichen Mittheilung an, so genügt zu diesem Zwecke der durch ein Post-Attest geführte Beweis, daß ein Brief von dem Betheiligten an den Addressaten abgesandt ist, sofern nicht dargethan wird, daß der angekommene Brief einen andern Inhalt gehabt hat.

§. 98.

Soweit nicht in den vorstehenden §§. 90—97 ein Anderes bestimmt ist, kommen die in den verschiedenen Landestheilen für den Proceß und die Execution in Wechselsachen bestehenden Vorschriften auch ferner zur Anwendung.

Schlußbestimmung.

Die gegenwärtige Wechselordnung tritt mit dem ..... in Kraft.

Dagegen erlischt mit diesem Tage die Wirksamkeit der bisherigen Wechselordnungen, namentlich treten die §§. 713 bis 1249. Tit. 8. Th. II. des Allgemeinen Landrechts, so wie die Art. 110—189 des Rheinischen Handelsgesetzbuchs außer Kraft.

Gleichergestalt verlieren an diesem Tage die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts über Handelsbillets und kaufmännische Assignotionen im §. 1250 bis 1304 Titel 8. Th. II. ihre Wirksamkeit.

Bemerkungen über den vorstehenden Entwurf.

Der vorliegende Entwurf zeichnet sich vorzüglich dadurch vor vielen andern Wechsel-Ordnungen und namentlich auch vor dem französischen Wechselrecht aus, daß er von allen unnützen Förmlichkeiten Umgang nimmt, und stets nur das Wesen der Sache im Auge behält, wodurch die Bestimmungen über diese Materie sehr vereinfacht und deren Kenntniß allgemein zugänglich wird. Zugleich werden auch die bis jetzt bestrittensten Fragen größtentheils befriedigend gelöst, und man darf, so weit menschliche Voraussicht reicht, prophezeien, daß durch Annahme dieses Entwurfs die Prozesse über diese Materie sehr vermindert werden. Andererseits läßt aber die Redaktion des vorliegenden Entwurfs Vieles zu wünschen übrig. Man vermißt z. B. in der Aufeinanderfolge der einzelnen Bestimmungen logische Ordnung; die allgemeinen Grundsätze, welche voran gestellt werden müßten, sind theils zerstreut, theils folgen sie hintendrein. Die Sprache entspricht durchaus nicht den Anforderungen, welche die fortgeschrittene Wissenschaft an ein für ganz Deutschland bestimmtes Gesetz zu stellen berechtigt ist. Es sind viele fremde Wörter gebraucht, für welche bereits das gewöhnliche Leben deutsche Ausdrücke angenommen hat, wie z. B. Accept statt Annahme, präsentiren statt vorzeigen, u. s. w.

§. 1.

Die rechtliche Möglichkeit, ein Darlehen aufzunehmen, dürfte kein richtiges Merkmal für die Wechselfähigkeit enthalten. Denn es werden viele Wechsel gezogen, nicht um Credit zu erhalten, sondern um Credit zu geben: z. B. Ein Kaufmann braucht holländische Wechsel, sein Bankier hat solche nicht vorräthig und zieht deshalb auf seinen Correspondenten in Amsterdam an die Verfügung des Kaufmanns, der dem Bankier den Betrag schuldig bleibt. Andere Fälle, in denen von einem Darlehen überhaupt nicht die Rede sein kann, kommen häufig vor, z. B. es sind Jemanden Gelder an einem dritten Ort eingegangen, etwa für dort verkaufte Waaren; um diese Gelder zu erheben, zieht er auf seinen Commissionär. Sehr häufig kommt auch der Fall vor, daß ein Bankier den günstigen Curs zwischen zwei Wechselplätzen benutzt, und darum auf seinen Correspondenten zieht, oder diesen beauftragt, für seine Rechnung auf einen dritten Ort zu ziehen. Das Frankfurter Gesetz vom 12. November 1844 sagt daher richtiger als der Entwurf: Jeder, welcher verbindliche Verträge abzuschließen befugt ist, kann Verbindlichkeiten durch Wechsel eingehen.

§. 2.

1. Es ist nicht klar, warum es in diesem Artikel heißt: bei Vermeidung des sofort erfolgenden Personal-Arrestes, da es lediglich von den Vorschriften der Proceßgesetzgebung abhängt, in welchem Zeitpunkt, ob schon bei der Klage oder erst nach ergangenem Urtheil der persönliche Verhaft erfolgen kann.
2. Das Wort „Personal-Arrest“ kann durch ein deutsches Wort: „körperliche Haft,“ ersetzt werden.
3. In Baden sind Geistliche, Militärpersonen und eine Reihe von Staatsdienern, wenn sie dem Wechsel ihre Staatsdiener-Eigenschaft beisetzen, von der körperlichen Haft frei. Wie viel davon in den Entwurf übergehen soll, muß der Berathung anheim gestellt bleiben; doch ist es gewiß nur zu billigen, wenn der Ausnahmen so wenig als möglich und nur solche gemacht werden, für welche ein Staats-Interesse vorwaltet.
4. Der vierte Absatz (Nr. 4) scheint ganz überflüssig, weil nach §. 86 Alle, welche als Bevollmächtigte einen Wechsel unterzeichnen, nur dann persönlich haften, wenn sie keine Vollmacht zur Unterzeichnung hatten. In diesem Fall muß aber auch die körperliche Haft gegen sie eintreten. Die vom Bevollmächtigten vertretenen Personen, welche in diesem Absatz aufgeführt sind, nämlich Corporationen, Aktien-Gesellschaften können ohnedies nicht persönlich verhaftet werden, und höchstens könnte in Bezug auf die unter Vormundschaft stehenden Personen der Absatz 4 einen Sinn haben. Es wird aber auch kaum einer Bestimmung bedürfen, diese vor körperlicher Haft zu sichern, da Vormünder, als solche, wohl nach keiner Gesetzgebung Wechsel,

durch welche ihre Mündel verpflichtet werden, ausstellen dürfen.

§. 3.

Dieser Artikel entscheidet eine sehr schwierige Frage auf eine der Billigkeit ganz entsprechende Weise. Vergl. Code de c. Art. 114 und Code c. Art. 1125.

§. 4.

Die Bestimmungen des Entwurfs sind hier dem bei uns geltenden französischen Recht vorzuziehen. Als einzige Förmlichkeit verlangt der Entwurf die Beisetzung des Wortes „Wechsel", was ganz angemessen erscheint, damit die Urkunde von Anweisungen, Handelszetteln u. s. w. charakteristisch unterschieden werden kann. In Frankreich rechnen manche Schriftsteller, wie Nouguier, auch die Mandats zu den Wechseln, Pardessus dagegen zu einer besondern Klasse von Handelspapieren (effets de commerce). Einige Entscheidungen der Gerichte sind zu Gunsten der Ansicht von Nouguier ergangen. Auch in Deutschland werden in der Praxis Anweisungen wie Wechsel behandelt, d. h. sie werden indossirt, protestirt u. s. w., (vergl. den Entwurf einer Wechselordnung für das Königreich Sachsen, von Dr. Emert.) Nur die persönliche Haft findet nicht statt. Es wäre daher angemessen, sich in dem Entwurf hierüber auszusprechen.

Statt des französischen Wortes „Ordre" ließe sich wohl das deutsche „Verfügung oder Verordnung" gebrauchen.

§. 5.

Ein Wechsel, den Jemand auf sich selbst zieht, ist ein eigener Wechsel, wenn er auch an einem andern Ort zahlbar gestellt ist. Der erste Theil des §. 5 gehört daher in den dritten Abschnitt. Die Fassung dieses Artikels könnte aber auch Veranlassung geben, zu unterstellen, man könne einen Wechsel nicht auf sich selbst ziehen, wenn er nicht auf einen andern Zahlungsort gestellt ist.

§. 8.

Hier wird der Ausdruck „wechselmäßige Verbindlichkeit," „Wechselkraft", wie auch sonst vielfach in dem Entwurf, gebraucht. Es ist aber nirgends angegeben, worin denn die Wechselkraft bestehe, wenn man nicht etwa die in §. 2 angegebene Folge eines jeden Wechsels darunter verstanden hat. Hierüber muß aber die Gesetzgebung zunächst mit sich selbst ins Klare gekommen sein — sie muß sich die Frage stellen: Welches sind die dem Wechsel eigenthümlichen Wirkungen? Welche dieser Wirkungen hören auf, sobald die Urkunde aufhört, ein Wechsel zu sein.

Außer dem persönlichen Verhaft ist die Sammtverbindlichkeit aller Wechselschuldner dem Wechsel eigenthümlich; ferner die Verbindlichkeit derselben, für Annahme und Zahlung des Wechsels am Verfalltag einzustehen; die Uebertragbarkeit mittelst Indossament u. s. w. Wie viel davon gehört zur Wechselkraft? Wie viel davon behält eine Urkunde, welche nicht mehr als Wechsel gilt? Man kann vielleicht antworten, diese Fragen gehören nicht in das Gebiet des Wechselrechts; die Lösung derselben bleibt daher den einzelnen Gesetzgebungen über Handelsrecht anheim gestellt. Damit kann man sich auch einverstanden erklären, wenn der Entwurf nicht überall die Ausdrücke „wechselmäßige Verbindlichkeit, wechselmäßige Haft" gebraucht hätte, daher entweder der Sinn derselben festgestellt, oder diese Ausdrücke selbst entfernt werden müßten.

§. 9.

Aehnliche Bestimmungen wiederholen sich in den §§. 16, 43 und 74, weshalb zur Vermeidung von solchen Wiederholungen eine allgemeinere Fassung, etwa wie Artikel 140 des Badischen Handelsgesetzbuchs, gewählt werden könnte.

§. 10.

Das Badische H. Gesetzbuch bedient sich des Ausdrucks „Zuschreibung" statt Indossament.

§. 11.

Der zweite Satz entscheidet eine Streitfrage des französischen Wechselrechts in einer Weise, welche eben so sehr den Grundsätzen des Rechts, wie dem Interesse des Verkehrs entspricht. Vergl. Pardessus Nr. 237.

Die Worte „Traffant und Traffat" können durch „Aussteller und Bezogene" um so mehr ersetzt werden, als der Entwurf selbst an andern Stellen diese deutschen Ausdrücke gebraucht, und es gewiß nicht angemessen ist, die Ausdrücke in demselben Gesetz zu wechseln.

§. 12 s. Anmerkung zu §. 21.

§. 13 und 14.

Der Entwurf läßt die Zuschreibung mittelst einfacher Namens-Unterschrift (ohne irgend einen Beisatz) zu, während das französische Recht sie nur als Vollmacht ansieht, unser Badisches Gesetzbuch aber sie noch mit größerer Ungunst behandelt. Art. 138 a. Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß in Frankreich sowohl wie in Baden diese Art der Zuschreibung fortwährend in Uebung

geblieben ist, und daß nach kaufmännischer Ansicht dieser Zuschreibung dieselbe Wirkung beigelegt wird, wie jeder andern. Die Gesetzgebung befindet sich daher im Widerspruch mit dem Handel und dessen Bedürfnissen, mögen diese wirklich vorhanden oder nur eingebildet sein. Daraus entstanden eine Masse von Processen, in denen der Richter, dem Gesetz gehorsam, gegen Sinn und Absicht der Partieen entscheiden mußte. Durch den §. 13 wird nunmehr der Einklang zwischen dem Gesetz und dem Leben wiederhergestellt, weshalb der Entwurf hierin als eine Verbesserung unserer bisherigen Gesetzgebung angesehen werden kann.

Eine Folge der Zulassung der Blanko-Indossamente ist, daß jede Zuschreibung, sie mag noch so formlos sein, wenn sie nur die Unterschrift des Indossanten enthält, giltig ist und das Eigenthum überträgt. Bekanntlich betrafen bisher die meisten Prozesse in Wechselsachen die Frage, welche Wirkung einem unregelmäßigen Indossament beizulegen sei? Der nach der Frankfurter Wechselordnung und nach dem in einem großen Theil von Deutschland herrschenden Gebrauch bisher übliche Ausdruck: „Werth erhalten", fand sich in den meisten Wechseln, und hatte für den Inhaber die traurigsten Folgen, wenn ein böswilliger Schuldner die gesetzlichen Vorschriften über die Zuschreibung ausbeutete, und es zu einem Prozeß kommen ließ. So ist noch jüngst in den Annal. von 1847, Nr. 16 eine Entscheidung des Großherzogl. Oberhofgerichts vom 4. Februar 1847 angeführt, welche die Klage des Inhabers gegen den Acceptanten darum abgewiesen hatte, weil das Indossament nicht datirt war. Es wird also auch in dieser Beziehung der Entwurf die wohlthätige Folge haben, die Chikanen böswilliger Schuldner kurz abzuschneiden.

Man kann übrigens nicht verkennen, daß die Zulassung dieser Art von Zuschreibungen auch ihre Nachtheile hat. Ein Dieb oder Finder kann sich eines solchen Wechsels bedienen, was er bei einem ausgefüllten Indossament, ohne Fälschung, nicht thun könnte. Aber dieser Nachtheil besteht dennoch fort, weil es der Gesetzgebung bisher nicht gelungen ist, die Blanko-Indossamente aus dem Verkehr zu verbannen. Außerdem existirt dieselbe Gefahr für die Staatspapiere, welche in großer Masse cirkuliren, ohne daß daraus besondere Klagen entstanden sind.

§. 15.

Die §§. 43 und 74 sagen das Nämliche, wie der erste Satz dieses Paragraphen.

§. 16.

Die bekannte Streitfrage über die Wirkung der Zuschreibung nach dem Verfalltag ist hier nach der Ansicht, welcher die meisten französischen Schriftsteller, wie Pardessus, Nr. 351. Nouguier, Nr. 155 huldigen, entschieden, wiewohl die französischen Gerichte bisher immer anderer Meinung waren. Vergl. Sirey 1814 II. 437. — 1846 II. 190. — 1847 II. 1.

§. 17.

Der deutsche Ausdruck „zum Einzug" sollte mindestens die gleiche Wirkung haben, wie der ausländische „in procura". Ueberhaupt scheint es nicht angemessen, Ausdrücke gesetzlich zu fixiren, da der Sprachgebrauch veränderlich ist.

§. 18.

Der Absatz 3 gibt Veranlassung zur Ausstellung von Wechseln, welche erst gegen die Verfallzeit hin angenommen zu werden brauchen. Diese werden gewöhnlich von Schwindlern benutzt, um sich Credit zu verschaffen, indem sie auf irgend ein angesehenes Haus ziehen, um den Glauben zu erregen, als stünden sie mit diesem in Geschäftsverbindung. Der Inhaber kann die Annahme dieser Wechsel (Meß- oder Marktwechsel) nicht früher verlangen, als es die Meß- oder Markt-Ordnung gestattet; er bleibt daher in Ungewißheit über die Annahme bis gegen die Verfallzeit hin, und kann auch keinen Rückgriff nehmen. Es ist bekannt, daß Augsburg nur darum so viel bezogen wird, weil dort der Bezogene erst in den letzten 14 Tagen sich über die Annahme zu erklären verbunden ist. Daher sind Augsburger Wechsel auch als Schwindel-Wechsel von dem Handelsstand angesehen.

Dem zu begegnen wäre es zweckmäßig, den Absatz Nr. 3 gänzlich zu streichen.

§. 21.

Zur Annahme genügt nach diesem Artikel die Unterschrift des Bezogenen, während nach französischem und badischem Recht das Wort „angenommen oder acceptirt" beigesetzt werden muß. Diese Vereinfachung des Entwurfs kann darum keinen Nachtheil haben, weil der Bezogene, der seinen Namen auf die Vorderseite des Wech-

sels schreibt, keine andere Absicht haben konnte, als ihn anzunehmen.

Man könnte jedoch zur größern Deutlichkeit die Fassung des §. 12 dahin ändern, daß man sagt: Das Indossament (die Zuschreibung) muß auf die Rückseite des Wechsels, der Kopie u. s. w. geschrieben werden. Denn eine Zuschreibung kann ebenfalls durch blose Namens-Unterschrift geschehen. Mittelst dieser Redaktionsänderung wird die Annahme von der Zuschreibung bestimmter unterschieden.

Der zweite Absatz des §. 21 ist nicht deutlich. Man weiß nämlich nicht, ob darin gesagt werden will, daß wenn der Bezogene die Annahme auf den Wechsel geschrieben, sie jedoch vor der Zurückgabe des Wechsels wieder ausgestrichen hat, dennoch die Annahme als geschehen zu betrachten sei, wie manche französische Rechtslehrer behaupten, oder ob man ausdrücken wollte, der Inhaber des Wechsels könne die geschehene Annahme nicht wieder ausstreichen lassen, weil er dadurch die Rechte Dritter beeinträchtigt?

§. 23.

Hier wird die bekannte Streitfrage, inwiefern der Aussteller gegen den Bezogenen aus der Annahme klagen kann, richtig entschieden. Sollte aber nicht ein Zusatz dahin gemacht werden, daß dem Bezogenen frei steht, gegen den Aussteller die Einrede geltend zu machen, dieser habe die versprochene Deckung nicht gegeben? Die Frankfurter Bankiers acceptiren gewöhnlich die Wechsel ihrer Correspondenten, wogegen diese versprechen, Deckung vor der Verfallzeit einzusenden. Wenn nun Einer derselben das Versprechen nicht hält, soll der Bezogene dennoch an ihn zahlen müssen, ohne jene Einrede, die er im Wechselproceß allerdings durch Urkunden oder Eid beweisen müßte (§. 96), geltend machen zu können?

§. 24.

Nach französischem und badischem Recht und nach der Frankfurter Wechsel-Ordnung Artikel 30, muß der Inhaber eine Annahme und Zahlung für eine geringere Summe sich gefallen lassen, und kann er nur für den Rest absagen (protestiren) lassen. Dieser scheint dem Interesse des Verkehrs besser zu entsprechen, als die Vorschrift des Entwurfs. Denn es kömmt oft vor, daß der Bezogene eine ganz unbedeutende Differenz mit dem Aussteller hat, z. B. er glaubt nur 1000 fl. statt 1010 fl. schuldig zu sein. Warum sollen die 1000 fl. nicht angenommen werden müssen?

§. 28.

Hier wird eine Redaktionsänderung nothwendig. Es ist nämlich vergessen, beizufügen, daß die Sicherheit auch dann zurückgegeben werden muß, wenn der Wechsel bezahlt ist.

§. 34.

Dieser Artikel ist undeutlich — eine bessere Fassung daher wünschenswerth.

§. 36.

Die Legitimation des Inhabers, die Zahlung in Empfang zu nehmen, liegt darin, daß der Wechsel nach den Bestimmungen über die Zuschreibung §. 10—17 richtig an ihn übertragen ist. Da nun dort gesagt ist, wie ein Wechsel übertragen wird, so bedarf es hier keiner besondern Bestimmung darüber. Der Gesetzgeber darf nicht das Nämliche wiederholen, weil bei Auslegung der Gesetze der Grundsatz gilt, der Gesetzgeber habe Nichts unnöthig gesagt, man daher in der Wiederholung einen andern Sinn zu finden sucht, als in dem früher ausgesprochenen Satz.

Der §. 36 hätte die Frage hauptsächlich *entscheiden* sollen, ob der Zahlende verbunden ist, sich die Ueberzeugung zu verschaffen, daß der Vorzeiger des Wechsels die nämliche Person ist, zu deren Gunsten das letzte Indossament lautet. Diese Frage hat im französischen Staatsrath zu den längsten Erörterungen Anlaß gegeben, vergl. *Locré.* Esprit du code de c. ad a. 145. *Nouguier*, Nr. 84. Der Staatsrath hat die Frage nicht entschieden, sondern in Artikel 145 festgesetzt, daß die Zahlung eine Vermuthung für die gültige Befreiung des Zahlenden begründe. Diesen Artikel erklären die französischen Schriftsteller *Pardessus* Nr. 197. *Dalloz.* Effets de commerce Nr 25. *Persil* ad a. 145. Nr. 6 so, der Zahlende sei nur für wirkliche Gefährde oder grobe Nachlässigkeit verantwortlich. Die Kaufleute scheinen dagegen der Meinung, der Zahlende müsse sich davon überzeugen, daß er an den rechten Inhaber zahle. So wird bei den Diskussionen im Staatsrath angeführt, daß man in Paris Wechsel nicht an fremde oder unbekannte Personen zahle.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 43. Karlsruhe, den 23. Oktober 1847.

Bemerkungen über den Entwurf einer Wechselordnung für die preußischen Staaten.

(Schluß.)

In Frankfurt ist derselbe Gebrauch. Man pflegt dort so weit zu gehen, daß man Wechsel nicht einmal an bekannte Personen zahlt, wenn sie nicht dort wohnen. Man könnte wohl, ohne Unbilligkeit, von dem Zahlenden verlangen, daß er sich davon Ueberzeugung verschaffe, daß der Vorzeiger die Person sei, auf welche das letzte Indossament lautet. Bleibt dann der letzte Absatz des §. 36 im Entwurf stehen, so kann der Zahlende nicht sagen, es werde ihm mehr zugemuthet, als er zu leisten im Stande sei.

§. 37.

Das französische und badische Recht, so wie die Frankfurter Wechselordnung Art. 143 bestimmen, daß ein Wechsel in derjenigen Münze bezahlt werden müsse, auf welche er lautet. Warum man diese Bestimmung, welche ganz im Interesse des Handels liegt, verlassen hat, ist aus den Motiven nicht zu ersehen.

§. 38.

Siehe die Bemerkung zu §. 24.

§. 39.

Nach dem zweiten Absatz dieses Paragraphen soll Quittung auf eine beglaubigte Abschrift des Wechsels gegeben werden. Das ist eine unnütze Förmlichkeit — eine einfache Quittung, wie sie jetzt allgemein üblich ist, reicht hin, wofern sie nur besagt, daß die Zahlung auf diesen oder jenen Wechsel geleistet wurde.

§. 40.

1. In dem Entwurf sind Indossanten und Aussteller bezüglich des Rückgriffs durchaus gleich gestellt, während das französische Recht, Art. 170, den Aussteller nur dann von dem Rückgriff des Inhabers, der etwa den Protest oder die gesetzliche Frist versäumt hat, freispricht, wenn er nachweist, daß er den Bezogenen gedeckt hat. Das französische Recht geht hierbei von der Ansicht aus, daß der Aussteller, welcher keine Deckung gegeben hat, sich auf Kosten des Inhabers bereichern würde, wenn er vom Rückgriff entbunden wäre. Das ist auch unbestreitbar richtig. Der Entwurf gestattet daher in §. 75 eine Civilklage gegen denjenigen, der sich auf Kosten eines Andern bereichern würde. Hierdurch wird aber die Stellung des Inhabers in zweifacher Beziehung gegen das französische Recht verschlimmert. Erstens kann er nicht im Wechselproceß und nicht vor den Handelsgerichten klagen. Zweitens muß er die Bereicherung des Ausstellers beweisen, während nach französischem Recht dieser beweisen müßte, daß er dem Bezogenen Deckung gegeben hat.

Es dürfte darum das System des französischen Rechts den Vorzug verdienen, wodurch eine durchgreifende Aenderung in den folgenden Paragraphen nothwendig würde.

2. Der Bezogene sollte den ganzen Verfalltag hindurch zahlen können. Das erfordert die Billigkeit. Man darf nicht gestatten, daß schon an diesem Tag (von 3 Uhr an) protestirt werde.
3. Die Worte „präsentiren, Präsentation", lassen sich durch „vorzeigen, Vorzeigung", ersetzen, ebenso das Wort „Regreß" durch Rückgriff.
4. Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß der Beisatz „Ohne Kosten" zu den schwierigsten Rechtsfragen Veranlassung giebt, welche am kürzesten durch die Bestimmung des Entwurfs abgeschnitten werden. Andererseits werden solche Inhaber, welche des

neuen Gesetzes nicht kundig, glauben, sie dürfen wegen des Ausdrucks „Ohne Kosten", nicht protestiren lassen, den Rückgriff verlieren. Wie ist es mit ausländischen Wechseln, welche diese Klausel enthalten?

§. 41.

Der erste Absatz dieses Paragraphen findet eine Wiederholung in §. 82, Abschnitt 2. Man wird daher einen oder den andern Passus weglassen können.

In dem zweiten Absatz dieses Paragraphen ist im Vergleich zum französischen Recht eine Neuerung eingeführt, welche sich aber vollständig rechtfertigen läßt. Vergl. die Motive S. 70. Wenn der zu §. 401 gemachte Vorschlag angenommen wird, so wird hier eine entsprechende Aenderung zu machen sein.

§. 42.

Dieser Artikel mag in einem Lehrbuch am Platz sein, nicht aber in einem Gesetz. Was sagt er? Der Inhaber des Wechsels behält sein Recht gegen den Acceptanten, auch wenn nicht protestirt wurde. Es ist aber nicht nöthig anzuführen, unter welchen Voraussetzungen Jemand sein Recht behält, sondern nur, unter welchen Umständen er es verliert. Das thut §. 40, dessen Fassung übrigens ebenfalls verbessert werden könnte. Der Inhaber verliert nach §. 40 den Rückgriff gegen Aussteller und Indossanten, wenn er nicht zur gehörigen Zeit protestiren läßt; die Klage gegen den Acceptanten, als Hauptschuldner, geht nach §. 40 nicht verloren, also behält er sie.

§. 43.

1. Aehnliche Bestimmungen enthalten die §§. 9, 15, 74.
2. Statt solidarisch könnte sammtverbindlich gebraucht werden.
3. Der zweite Absatz dieses Paragrph. scheint überflüssig; denn es ist ja das Wesen der Sammtverbindlichkeit, daß der Gläubiger Jeden der Sammtschuldner belangen kann.

§. 44.

Die hier gegebene Vorschrift über die Schritte, welche dem Inhaber obliegen, um den Verlust des Rückgriffs abzuwenden, weicht von dem überall sonst in dem Entwurf herrschenden Streben, alle unnützen Formen abzustreifen, ab. Der Vormann, gegen welchen ein Rückgriff genommen werden könnte, hat zunächst das Interesse, zeitig genug zu erfahren, daß der Wechsel nicht bezahlt, sondern protestirt wurde. Das Gesetz muß daher Vorsorge treffen, daß der Inhaber nicht zögere, ihn hievon in Kenntniß zu setzen. Hiermit ist aber noch nicht Alles gethan. Der Vormann, welcher mit einem Rückgriff bedroht ist, muß im Stande sein, zu prüfen, ob der gegen ihn erhobene Anspruch begründet ist. Dies kann er nur durch Einsicht des Protests, weil nur aus diesem ersichtlich ist, ob der Wechsel zur rechten Zeit und in gehöriger Weise protestirt wurde. Endlich hat der Vormann selbst einen Rückgriff zu nehmen, er muß also im Stande sein, seinem Vormann gegenüber Alles das zu thun, was der Inhaber ihm gegenüber beobachten muß. Allen diesen Anforderungen wird dadurch Genüge geleistet, wenn das Gesetz festsetzt, daß der Protest binnen kurzer Frist dem Vormann zugestellt werden muß. Das französische Recht fordert freilich außer dieser Notification du protêt auch die Klaganstellung binnen kürzester Frist, wenn die Zahlung nicht freiwillig erfolgt. Man kann aber dieses, wie der Entwurf vorschlägt, den Betheiligten überlassen, da sie durch ihr eigenes Interesse und durch die kurze Verjährung (§. 73) zur möglichst schnellen Klaganstellung veranlaßt sind. Das Frankfurter Wechselgesetz vom 12. November 1844 §. 10, begnügt sich mit der Zustellung, resp. Versendung des Protests. Jede weitere Förmlichkeit, welche das Gesetz verlangen würde, wäre überflüssig — dagegen würde der Zweck verfehlt, wenn nicht wenigstens so viel verlangt wird.

Der Entwurf verlangt mehr und weniger, als oben angegeben. Er verlangt mehr, weil dem Vormann außer dem Protest auch der Wechsel vorgelegt werden muß, dessen Abschrift im Protest ohnedies schon enthalten ist (§. 79). Er verlangt weniger, weil der Protest dem Vormann nicht behändigt, sondern nur vorgelegt wird.

Die Vorlage des Wechsels ist unnöthig, so lang der Vormann noch nicht erklärt hat, daß er zahlen will. Dagegen ist die Vorlage des Protests nicht genügend, um ihn in den Stand zu setzen, seinen Inhalt durch einen Rechtsbeistand prüfen zu lassen, wenn er selbst an dessen Richtigkeit zweifelt; noch weniger aber kann er, seinem Vormann gegenüber, die nothwendigen Schritte thun. Deswegen ist in §. 46 des Entwurfs bestimmt, daß er erst, wenn er den Wechsel eingelöst hat, verbunden ist, die Förmlichkeiten gegen seinen Vormann zu beobachten. Gerade dadurch wird aber der ganze Zweck

verfehlt. Angenommen, er hat einen Zweifel über die Richtigkeit des Protests, und zahlt daher nicht, es entsteht darüber ein Prozeß, so muß der Ausgang dieses Prozesses abgewartet werden, ehe er, seinem Vormann gegenüber, die gesetzlichen Förmlichkeiten beobachten kann. Dennoch verjährt der Wechsel nach einem Jahr. In welcher unangenehmen Lage ist nun der Vormann! Er kann dem nur dadurch begegnen, daß er seinen Vormann zum Prozeß beiladet. Wenn aber der Wechselinhaber mit der Klage zögert, und schon 11 Monate oder mehr umlaufen sind, ehe er belangt wird? Er kann dann etwa noch seinen Vormann beiladen; aber dieser kann einen weitern Vormann haben, dieser wieder einen und so fort; die verschiedenen Vormänner können mehr oder weniger entfernt von einander wohnen, dann wird der Rückgriff innerhalb der Verjährungsfrist zur Unmöglichkeit.

Deswegen dürfte es gerathen sein, die Zustellung des Protestes oder einer beglaubigten Abschrift an den Vormann, gegen welchen man den Rückgriff nehmen will, bei Verlust des Rückgriffs vorzuschreiben. Die Frist von zwei Tagen ist genügend. Außer dieser Zustellung sollte keine andere Förmlichkeit gefordert werden. Vergl. auch die Bemerkungen des Dr. Einert zu dem sächsischen Entwurf.

§. 45.

Dieser Paragraph ist überflüssig, sobald man in §. 44 gesagt hat, die Beobachtung der dort vorgeschriebenen Förmlichkeiten genüge zur Erhaltung der Rechte gegen den Vormann und dessen Vormänner.

§. 46.

Hier wird eine dem zu §. 44 gemachten Vorschlag entsprechende Redaktions-Aenderung eintreten müssen.

§. 48.

1. Der erste Satz dieses Paragraphen sagt dasselbe, was im §. 15, 43 und 74 gesagt ist.
2. Man vermißt eine Bestimmung darüber, wann der belangte Vormann seinen Vormann verklagen kann? Das französische Recht läßt die Klage zu, sobald er selbst verklagt ist. Art. 167.

§. 49, 50, 51, 52.

Nach dem französischen Recht darf nur eine einzige Rückrechnung gemacht werden. Nach den Bestimmungen des Entwurfs macht jeder Vormann eine Rückrechnung, wobei er für sich Provision, Ricambio und Mäklergebühren ansetzen darf, wodurch die Kosten, bis der Wechsel zum Aussteller zurückkehrt, sich außerordentlich steigern. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Klausel „Ohne Kosten" nach §. 40 wirkungslos ist. Der Gebrauch der Wechsel wird hierdurch für die kleinern Kaufleute, welche bisher auf ihre Abnehmer zu ziehen gewohnt waren, beinahe unmöglich.

§. 54.

Dieser Paragraph ist überflüssig, namentlich in Vergleich mit dem zweiten Absatz des §. 36.

§. 55—57.

1. Der Entwurf stellt hier ein von dem französischen und den meisten deutschen Wechselgesetzgebungen verschiedenes System auf, wie auch in den Motiven zugestanden wird. Doch scheint das bisherige System den Vorzug zu verdienen.
Die Ehren-Annahme kann dem Inhaber nie schaden, sondern nur nützen, warum soll er sie zurückweisen können? Es kömmt nicht allein sein Interesse, sondern auch das seiner Vormänner in Betracht. Für diese ist die Ehren-Annahme gewiß von Vortheil, weil die Zahlung dadurch gesichert, und ein Rückgriff vermieden wird. Daher könnte man es dabei belassen, daß der Inhaber sich einer Ehren-Annahme nicht widersetzen könne. Dagegen sollte diese Ehren-Annahme seinen Rechten unnachtheilig sein, d. h. er sollte von seinen Vormännern Sicherheit begehren können, wenn der Bezogene die Annahme verweigert und diese Weigerung durch Protest hergestellt ist — selbst wenn der Wechsel von einem Dritten angenommen wurde. Vergl. Pardessus, Nr. 387.
2. Der Entwurf hat auch nicht bestimmt, daß der Ehren-Annahme stets ein Protest vorausgehen muß. Ob dies absichtlich geschehen, oder nur ein Versehen ist, bleibt dahin gestellt.
3. Wird ein Protest für nöthig gehalten, so wird in Uebereinstimmung mit §. 58 des Entwurfs der Wechsel auch den Noth-Adressen zur Annahme vorgezeigt werden müssen. Frankfurter W. O. Artikel 15.
4. Wie geschieht die Ehren-Annahme? Nach franzö-

sischem Recht in dem Protest, nach dem Entwurf scheint sie auf den Wechsel geschrieben zu werden.

5. Die Bestimmung des §. 57, daß die Ehren-Annahme erlischt, wenn der Wechsel nicht zur rechten Zeit protestirt wird, ist der unter Kaufleuten herrschenden Ansicht angemessen. In Frankreich hat das Stillschweigen des Gesetzes hierüber großem Zweifel Raum gegeben. Vergl. Nouguier Nr. 139.
6. Die Bestimmungen über Ehren-Annahme sollten den über Annahme §. 21 — 25 folgen.

§. 58.

Dieser Paragraph ist theilweise überflüssig, theilweise an der unrechten Stelle. Daß der Inhaber wegen Mangel Zahlung protestiren lassen müsse, will er nicht den Rückgriff verlieren, sagt §. 40. Daß ein Wechsel, der wegen Mangel Zahlung abgesagt wird, den Noth-Adressen und dem Ehren-Annehmer zur Einlösung vorzuzeigen ist, sollte bei den Bestimmungen über die Förmlichkeiten zur Erhaltung des Rückgriffs §. 40 u. f. gesagt werden.

§. 59 und 60.

Hier fehlt die Bestimmung,

1. daß Jeder einen Wechsel, dessen Zahlung der Bezogene verweigert, zu Ehren des Ausstellers oder Eines der Indossanten zahlen kann,
2. daß der Ehrenzahler nur dann in die Rechte des Inhabers eintritt, wenn durch einen Protest dargethan ist, daß der Bezogene nicht zahlte.

§. 61.

Die Bestimmung des zweiten Absatzes dieses Paragraphen kann häufig die Zahlung des Wechsels durch den Bezogenen verhindern. Wenn dieser nämlich zur Zeit, da der Wechsel zur Annahme vorgezeigt wurde, noch keine Deckung hatte, daher nicht annehmen wollte, später aber die Deckung vom Aussteller erhielt, so könnte er dennoch die Zahlung verweigern, weil er keine Deckung für die dem Ehren-Annehmer zu zahlende Provision hat.

§. 62 — 65.

1. Es kann sehr leicht ein Mißbrauch mit mehreren Wechsel-Exemplaren gemacht werden. Der Inhaber kann diese nämlich an verschiedene Personen indossiren, und es hängt dann vom Zufall ab, welches Exemplar vom Bezogenen bezahlt wird. Werden auch alle Exemplare am nämlichen Tag zur Zahlung vorgezeigt, so wird das zuerst vorgezeigte bezahlt. Andererseits kann derjenige, welcher eine Prima kauft, gar nicht wissen, daß Secunda oder Tertia existirt — ihn trifft daher kein Vorwurf. Ebensowenig könnte dem ein Vorwurf gemacht werden, der die Prima und Secunda erwirbt, während noch Tertia existirt, wovon er Nichts wissen kann. Dennoch kann es vorkommen, daß Tertia bezahlt wird, und Jene leer ausgehen. Diesem zu begegnen könnte die Bestimmung getroffen werden, daß bei Ausstellung von mehreren Wechsel-Exemplaren der Aussteller gehalten wäre, die Anzahl der ausgegebenen Exemplare beizusetzen, widrigenfalls er für jedes Exemplar, das diesen Beisatz nicht enthält, besonders haften müßte. Diese Art der Ausstellung ist auch die übliche; bei Doppelwechseln heißt es nämlich gewöhnlich: Zahlen Sie gegen diesen ersten Wechsel (zweiter unbezahlt, la seconde ne l'étant), vergl. auch Art. 147 Code de c. Hierdurch weiß Jedermann, wie viel Exemplare existiren, und kann sich daher alle ausliefern lassen; sonst muß er die Folgen seiner Nachlässigkeit tragen.
2. Kommt aber der Fall vor, daß ein Indossatar später einen Doppelwechsel verlangt, weil das erste Exemplar verloren wurde, so sollte er verpflichtet sein, den Bezogenen davon zu unterrichten, und der Aussteller nur dann, wenn ihm der Nachweis darüber vorgelegt ist, zur Ausstellung des Doppelwechsels gehalten sein. Ebenso sollen die Indossanten diesen Nachweis verlangen können, ehe sie den Doppelwechsel indossiren. Der Bezogene soll aber in einem solchen Fall nur gegen Sicherheit zahlen.

§. 69.

Hier fehlt eine Bestimmung darüber, was derjenige, dem ein Wechsel abhanden gekommen ist, zu thun hat, um sich den Rückgriff zu sichern. Wenn es nämlich zu spät ist, sich einen Doppelwechsel zu verschaffen, z. B. wenn er den Verlust des Wechsels erst am Verfalltag inne wird, kann er protestiren lassen, ohne den Wechsel vorzuzeigen? Das französische und badische Recht enthält hierüber ganz genaue Bestimmungen, vgl. Art. 150 — 153. Solche sind hier um so nothwendiger, als der Entwurf §. 44 — 46 verlangt, daß der Inhaber, der den Rückgriff nicht verlieren will, Protest und Wechsel innerhalb zwei Tagen seinem Vormann vorlegen muß.

§. 70.

1. Da ein Wechsel erst nach einem Jahr verjährt (§. 73), so müßte das Gericht eine Frist von einem Jahr setzen; früher kann der Wechsel nicht amortisirt werden.
2. Muß die Sicherheit nach Amortisirung des Wechsels zurückgegeben werden?

§. 71 und 72.

1. Wie wenn die Summe verfälscht ist? Dieser Fall scheint dem Entwurf gänzlich entgangen zu sein. Man kann unmöglich annehmen, daß der Acceptant, der Aussteller oder Indossant auch für die verfälschte Summe haften müsse. Es erübrigt Nichts, als in diesem Fall den Grundsatz anzuwenden, daß Jeder, der eine Forderung überträgt, für deren Existenz (pro veritate) haften müsse. Diesen Grundsatz erkennen alle Gesetzgebungen gleichmäßig an. Nach diesem kann der Inhaber auf seinen Vormann, dieser auf den seinigen und sofort zurückgreifen, und Schaden-Ersatz verlangen. Dieser Rückgriff ist keine Eigenthümlichkeit des Wechsels, daher nicht an die Formen und Fristen des Wechselrechts gebunden. Vergl. Annalen von 1847, Nr. 26. Wird der Rückgriff in dieser Weise genommen, so bleibt der Schaden an dem Fälscher oder an dem, der ihn von diesem erworben hat.
2. Die gleichen Grundsätze müßten auch da entscheiden, wo der ganze Wechsel falsch ist, so daß man auch hier mittelst des civilrechtlichen Rückgriffs von einem Vormann zum andern auf den käme, der den falschen Wechsel ausgegeben, oder von diesem erworben hat. Dieser müßte den Schaden tragen. Der Entwurf gestattet ebenfalls den Rückgriff, aber wie es scheint, nur unter den nämlichen Voraussetzungen, wie wenn ein ächter Wechsel nicht bezahlt worden ist. Wenn aber der Inhaber die Fristen versäumt hätte? hat er dadurch den Anspruch verloren, den jeder Cessionar an seinen Cedenten nach civilrechtlichen Grundsätzen hat, wenn dieser ihm eine gar nicht existirende Forderung übertrug? Ueber diese Frage sind neulich in Frankreich einige interessante Entscheidungen erlassen worden. Sirey 1845 II. 249—53, 1844, II. 414—16. Annalen 1847, Nr. 26.
3. Wenn ein Indossament verfälscht oder ein falsches Indossament auf den Wechsel gesetzt ist, so fragt sich, welches Recht demjenigen zusteht, dem der Wechsel vom Fälscher entzogen wurde? Kann er nur gegen den Fälscher klagen? Oder darf er bei dem Bezogenen Einsprache gegen die Zahlung machen, wie der Code de c. Art. 149 gestattet, und wie auch die allgemeine Praxis in Deutschland annimmt? Der Entwurf scheint wohl von dieser Ansicht auszugehen, weil er in §. 69 demjenigen, der einen Wechsel verloren hat, sogar gestattet, Zahlung vom Bezogenen zu fordern. Wenn nun ein Anderer sich mit dem Wechsel meldet, indem etwa der Dieb oder Finder mittelst eines falschen Indossaments denselben übertrager, der Erwerber ihn weiter indossirt und der jetzige Inhaber ihn auf ganz ehrliche Weise erworben hätte? Nach §. 36 des Entwurfes ist der Bezogene nicht verpflichtet, die Aechtheit der Indossamente zu prüfen; darf er aber auch zahlen, wenn er in Kenntniß gesetzt ist, daß die Reihe der Indossamente durch ein falsches unterbrochen ist? Nach den Grundsätzen über die Legitimation, welche §. 36 aufstellt, ist der Inhaber des Wechsels in diesem Fall nicht legitimirt. Der rechte Eigenthümer des Wechsels könnte daher Einsprache gegen die Zahlung machen, der Bezogene darf nicht zahlen; der Inhaber müßte den Rückgriff nehmen, und man würde wieder auf den Fälscher zurückkommen, oder auf den, der den Wechsel von ihm erworben hat. Der Entwurf sollte sich aber bestimmt darüber aussprechen, ob derjenige, dem ein Wechsel abhanden gekommen ist, Einsprache gegen die Zahlung machen darf, und wie es dann zu halten ist, wenn der Wechsel von einem ehrlichen Inhaber zur Zahlung vorgezeigt wird? Ist der Wechsel einmal vom Bezogenen bezahlt, was nach §. 36 des Entwurfes geschehen kann, so muß dem Eigenthümer überlassen bleiben, seinen Anspruch im Civilweg geltend zu machen.
4. Nach den Bestimmungen des Entwurfs ist es möglich, daß wenn der Bezogene nicht zahlt, und der Inhaber den Rückgriff nimmt, der Fälscher oder derjenige, welcher den Wechsel von diesem erworben hat, auf den Aussteller oder den ersten Indos-

santen greifen kann. Dieser ist wegen seiner Unterschrift zur Zahlung verbunden. Das kann doch nicht in der Absicht des Gesetzes liegen?

5. Daß der Acceptant eines falschen Wechsels zahlen müsse, ist auch die Meinung von Pardessus Nr. 448. Er bringt dafür ganz schlagende Gründe bei. Die französischen Gerichte haben aber bisher anders entschieden; auch Nouguier Nr. 79 ist anderer Meinung. Siehe Annalen 1847, Nr. 26.

§. 73.

1. Nach den Motiven zu diesem Paragraphen soll hier nicht über die Verjährung der aus dem Wechsel begründeten gegenseitigen Rechte eine Bestimmung getroffen werden, wie sie z. B. der Code de c. Art. 189 und das Frankfurter Gesetz v. 12. Nov. 1844, §. 15 enthält, sondern es wird nur bezweckt, eine Frist, binnen deren die Wechselklagen angestellt werden müssen, festzusetzen, wie dies im Code de c. Art. 165 und 166 geschehen ist. Dieser Absicht entspricht aber die Fassung des Paragraphen keineswegs.

2. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß das Verhältniß des Acceptanten als des Hauptschuldners, und der Indossanten, welche die Zahlung gewährleisten, verschieden ist, weshalb die meisten Wechselordnungen verschiedene Fristen für die Klagen gegen den Einen und gegen die Andern festsetzen. Nach französischem Recht z. B. ist die Frist gegen die Indossanten 14 Tage, zwei oder vier Monate, dagegen für die Klage gegen den Acceptanten oder Aussteller eines eigenen Wechsels 5 Jahre. Der Aussteller eines gezogenen Wechsels wird den Indossanten gleichgestellt, wenn er Deckung gegeben hat, sonst dauert die Klage gegen ihn 5 Jahre.

3. Von wann laufen die Fristen? Alle Gesetzgebungen erkennen den Grundsatz: agere non valenti, non currit praescriptio. Die Fristen dürfen daher für Jeden nur von da an zu laufen beginnen, da es ihm rechtlich möglich ist, zu klagen, mithin für den Inhaber von dem Verfalltag, für die Gewährsmänner von dem Tag, da sie wegen der Gewähr in Anspruch genommen werden; sonst entstehen Härten, welche der Gesetzgeber gewiß nicht beabsichtigte. Vrgl. Bemerkung zu §. 40.

4. Die Unterbrechung dieser Verjährung soll nach dem Entwurf nur durch eine Klage stattfinden. Dies ist nicht hinreichend motivirt. Jede Anerkennung der Schuld unterbricht nach allgemeinen Grundsätzen die Verjährung, warum nicht auch hier? Man könnte die Frage von der Unterbrechung überhaupt den einzelnen Civilgesetzgebungen überlassen.

§. 74.

1. Diese Bestimmung, als eine allgemeine, ist hier nicht am Platz; sie wiederholt auch nur, was in den §§. 9. 15. 43 und 48 gesagt ist.

2. Hier wird des Wechselbürgen (aval) erwähnt; sollte es nicht nothwendig sein, eine besondere Bestimmung darüber zu treffen, in welcher Form diese Bürgschaft gegeben wird, in welcher Weise der Bürge haften muß, ähnlich den Bestimmungen des Code de c. Art. 141 und 142.?

§. 75.

1. Diese Bestimmung entspricht dem Art. 171 des französischen und badischen Gesetzbuchs. Nur in Bezug auf den Aussteller eines gezogenen Wechsels gestattet das französische Wechselrecht, Art. 170, die Wechselklage, wenn dieser nicht beweist, daß er Deckung gegeben hat, vgl. die Bemerkung zu §. 40. Wollte man die Bestimmung des französischen Rechts annehmen, so wäre es angemessen, auch weiter zu bestimmen, wann die Deckung vorhanden ist, etwa so, wie dies in Art. 116 des Code de c. geschehen ist. Dies führt auf die bekannte Streitfrage, ob, wenn der Wechsel für Rechnung eines Dritten gezogen ist, der Aussteller, dem Inhaber gegenüber, für die Deckung verantwortlich ist? Das französische Gesetz vom 19. März 1817 und die preußische Kabinetsordre v. 31. Okt. 1832 haben diese Frage entschieden.

2. Der Entwurf enthält keine Bestimmung über die Deckung; wie aus den Motiven hervorgeht, wollte man die hier einschlagenden Fragen der Civilgesetzgebung anheimstellen. Wenn man aber den obigen Vorschlag annimmt, so wird man genöthigt seyn, sich darüber auszusprechen, ob die Deckung durch die Gant des Bezogenen zerstört wird? Die fran-

zösischen Schriftsteller und eine constante Praxis bejahen diese Frage, siehe dagegen Annalen v. 1842 S. 340.

3. Hieher gehört auch die Streitfrage, ob der Wechselinhaber ein Vorzugsrecht auf die Deckung hat? Diese Frage kann in zweierlei Weise zur Sprache kommen, wenn nämlich der Inhaber mit den Gläubigern des Ausstellers oder mit den Gläubigern des Bezogenen streitet. S. Annalen v. 1847 N. 36.

§. 79.

Es wird nothwendig sein, hier beizufügen, daß der Protest den Namen dessen oder derjenigen enthalte, denen der Wechsel vorgezeigt wurde. Nach §. 58 des Entwurfs muß nämlich der Wechsel bei dem Protest den Nothadressen und dem Ehren-Abnehmer zur etwaigen Einlösung vorgezeigt werden.

§. 80.

1. Die Geschäftsstunden in ein Gesetz, das für ganz Deutschland bestimmt ist, aufzunehmen, erscheint wohl nicht rathsam, da diese sich nach der Oertlichkeit richten.
2. Der ganze erste Satz kann gestrichen werden, da der zweite dasselbe sagt.
3. Durch den §. 84 wird übrigens dieser Paragraph überflüssig.

§. 81.

Das französische und badische Gesetzbuch bestimmt, daß das Protestbuch mit Handzug des Präsidenten des Gerichts versehen sein muß, eine Vorsicht, die ihre guten Gründe hat.

§. 82.

1. Diese Bestimmung ist hier nicht am rechten Ort, sie gehört zu den §§. 18—20.
2. Der zweite Absatz ist überflüssig, da schon §. 41 dasselbe sagt.

§. 85.

Diese Bestimmung ist hier nicht am rechten Ort, sie gehört in den allgemeinen Theil. Ebenso §. 86.

§. 89.

1. Der Aussteller eines eigenen Wechsels steht dem Acceptanten eines gezogenen Wechsels gleich — er ist Hauptschuldner. Die Absage ist daher, ihm gegenüber, ebenso wenig nothwendig, wie dem Acceptanten gegenüber (§. 42 des Entwurfs). Da aber darüber leicht ein Zweifel durch die allgemeine Bezugnahme auf den §. 40, der vom Aussteller des gezogenen Wechsels handelt, entstehen könnte, so wäre eine ausdrückliche Bestimmung wünschenswerth.
3. Ein eigener Wechsel, der auf einen andern Ort zahlbar lautet (§. 5), müßte gleich einem domicilirten Wechsel (§. 41) behandelt werden, wenn der Aussteller beweist, daß er die Deckung an den Zahlungsort übermacht hat.

§. 90.

Der erste Absatz dieses Paragraphen entspricht dem französischen Recht. Code de pr. Art. 420. Der zweite Absatz enthält eine wesentliche Verbesserung unseres bisherigen Verfahrens. Vielleicht ist es nicht überflüssig, hier beizufügen, daß das Gericht in dem nämlichen Urtheil, über den Hauptproceß wie über den Streit mit und unter den Beigeladenen zu entscheiden habe. Nothwendig ist aber eine Vereinbarung, die Urtheile in allen deutschen Bundesstaaten zu vollziehen.

§. 92.

Diese Bestimmung steht in Widerspruch mit dem französischen und badischen Recht, wornach die einmal erklärte Gant (faillite) den Zugriff auf die Person aufhebt. Code de c. Art. 455. Bad. H. Art. 216. Dagegen tritt bei Ganten von Handelsleuten die allgemeine Pflicht des Gerichts ein, sich der Person des Cridars zu versichern. Art. 217.

§. 93.

Der Ausdruck: „Einreden, welche aus dem Wechselrechte hervorgehen," ist nicht klar. Sollten Einreden gemeint sein, welche aus den Vorschriften dieses Wechselgesetzes abgeleitet sind?

Der Satz: „die Einrede der Simulation ist niemals zulässig," soll sich nach den Motiven S. 18 darauf beziehen, daß man dem Kläger nicht entgegenhalten könne, er habe sich den Wechsel nur zum Schein zuschreiben lassen, um den Beklagten zu verhindern, eine Einrede, welche er gegen den Indossanten hat, geltend machen zu können. Nach dieser Absicht ist die Fassung jenes Satzes zu allgemein. Man könnte z. B. auch den Fall darunter begreifen, da Jemand einem Andern Wechsel ausstellte, um ihm dadurch Kredit zu verschaffen, ein Fall, der gar nicht selten vorkömmt; wenn ein solcher Wechsel bei Ver-

fall nicht bezahlt wird, und der Remittent wollte auf den Aussteller zurückgreifen, sollte dieser ihm das unter ihnen obwaltende Verhältniß nicht entgegenhalten können? Im Wechselproceß müßte er dieses freilich durch Urkunden oder Eid beweisen können (§. 96). Wenn er aber Urkunde über dieses Verhältniß besitzt, warum soll er nicht davon Gebrauch machen dürfen?

Derselbe Fall kann auch in der Weise vorkommen, wenn die Valuta in dem Wechsel anders angegeben ist, als sie wirklich geleistet wurde. Siehe z. B. Sirey 1832 I. 529. 1835 II. 167. Laukhardt, Rechtsfälle 5. Band S. 321. Neue Jahrbücher, 5. Band S. 97. — Die sogenannten Kellerwechsel, welche unter erdichtetem Namen ausgestellt werden, beruhen ebenfalls auf Simulation, lassen sich aber auch als falsche Wechsel beurtheilen. Vgl. Annalen von 1847, Nr. 26. Wenn bei diesen der Protest oder die Förmlichkeit bei dem Rückgriff versäumt wird (§. 44), und der erste wahre Indossant wollte sich auf diese Vernachlässigung berufen, kann ihm der Einwand der Simulation nicht als Replik entgegengehalten werden? Ueberhaupt hat der Entwurf, wie schon oben ad §. 71 und 72 bemerkt wurde, die Frage nicht entschieden, ob bei falschen oder simulirten Wechseln ein Rückgriff nach versäumten Fristen stattfindet?

§. 94.

Gegenforderungen können nach badischem Proceßrecht geltend gemacht werden, wenn sie durch Urkunden oder Eid erweislich sind. Warum will der Entwurf sie nicht zulassen?

§. 95.

Diese Vorschrift würde besser durch eine dem §. 434 der badischen Proceßordnung entsprechende Vorschrift, wonach die Aechtheit der Unterschrift eine gesetzliche Vermuthung für die Aechtheit des Inhalts der Urkunde begründet, ersetzt werden. Ein Betrug oder Mißbrauch der Unterschrift kann ohnedies nach §. 93 nur dem Betrüger entgegengehalten werden. Die jetzige Fassung des §. 95 macht es aber zweifelhaft, ob sogar dem Betrüger selbst ein Mißbrauch der Unterschrift entgegengehalten werden könne.

§. 97.

Das Brief-Copierbuch sollte hier ebenfalls als Beweismittel zugelassen werden.

Gelten bei verlornen Wechseln die Bücher als Beweismittel?

Schlußbestimmung.

Nach dieser sollen auch die gesetzlichen Bestimmungen über kaufmännische Assignationen (Anweisungen) und Handelsbillets (Handelszettel) außer Wirksamkeit treten. Es ist aber schon oben darauf aufmerksam gemacht worden, daß der Entwurf Bestimmung über Anweisungen treffen sollte, was um so nothwendiger ist, als man bei Wechseln nicht mehr den Beisatz „Ohne Kosten" zuläßt und die Rückrechnungen durch die §§. 49—53 sehr vertheuert sind. Die kleinern Kaufleute, Waarenhändler u. s. w. werden deshalb vorziehen, auf ihre auswärtigen Kunden Anweisungen statt Wechsel auszustellen. Wie sind diese zu beurtheilen? Können sie indossirt werden? Müssen sie protestirt werden?

Der Entwurf handelt auch nicht von Urkunden au porteur, Kassescheinen (Bons) die ebenfalls im Handel vorkommen. Die letztern werden jetzt zur Bequemlichkeit der Reisenden in Tausenden ausgestellt, und sind mit Adressen vieler Bankiers in ganz Europa versehen, wo man sie vorzeigen und einlösen kann. Sie sind eine Art von Papiergeld, welches aber auf dem persönlichen Kredit des Unterzeichners beruht. Dr. Ladenburg.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

// Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe, den 30. Oktober 1847.

I.

Zum Gesetz vom 13. Oktober 1840 über die Gebühren für rechtspolizeiliche Geschäfte.

Vergleiche Annalen XV. S. 112.

Da die Klage über allzu niedere Tarifirung einzelner rechtspolizeilichen Geschäfte, namentlich der im §. 18 des Tarifs zum Gesetz vom 13. Oktober 1840 genannten Beurkundungen, nicht allein in dem Organe der Rechtspolizei (vgl. z. B. Notariats-Blatt von 1846, Nr. 29) sondern auch — als die Interessen des ganzen rechtsgelehrten und rechtsuchenden Publicums berührend — in diesen Blättern,

Annalen vom laufenden Jahr, Nr. 30,

ihre Stelle gefunden haben, so darf hier nicht unerwähnt bleiben, was von Seiten der zuständigen Behörde inzwischen vorgekehrt wurde, um — soweit es im Wege der Verordnung zuläßig ist — die aus einigen niederen Tarifsätzen für die Wahrung erworbener Rechte entspringenden Nachtheile zu beseitigen.

Zunächst war die in Art. 9. Nr. 1 des erwähnten Gesetzes ausgesprochene Beschränkung der Weggebühren Gegenstand des Angriffs, weil dadurch eine ungleiche Belohnung ähnlicher — nach dem Stück bezahlter — Geschäfte eingeführt wurde, sobald diese außerhalb des Wohnorts des Geschäftsfertigers vorzunehmen sind.

Es sind nämlich von der an sich billigen Weggebühr (30 Kreuzer für die Stunde des Hin- und Herwegs), welche der Regierungs-Entwurf von 1840, Art. 14 und Tarif Art. VIII. §. 31 unbeschränkt zulassen wollte, durch die spätere Fassung des Gesetzes, ohne daß sich ein genügender Grund dafür im Gesetze selbst oder in den ständischen Verhandlungen auffinden läßt, folgende Geschäfte ausgeschlossen:

1) Testamente (§§. 7—9 des Tarifs),
2) Faustpfandurkunden (§. 11 des Tarifs),
3) Wechselproteste und ehrerbietige Ansuchen (§. 15 d. T.)
4) Beurkundung sonstiger Thatsachen und Vorgänge, wie namentlich Darlegung einer Zahlung rc. (§. 16 des Tarifs), endlich
5) Beurkundung von Eröffnungen, Aufkündigungen, Mahnungen (§. 18 d. T.).

Bedenkt man nun, daß von der im Tarif festgesetzten Gebühr (von 3 fl., 1 fl. und ad 5 von nur 30 Kreuzern) dem Geschäftsfertiger vierzig Procent, der Staatskasse aber 60 Procent zufallen, so ist es wohl begreiflich, daß die Notare, wenn irgend thunlich, einen besonderen Gang wegen eines solchen Geschäftes zu vermeiden suchten.

Weil aber durch solche Zögerungen leicht wichtige Interessen verletzt werden konnten, wogegen selbst die Furcht vor dem Regreß an den Schuldigen keine genügende Garantie bietet, der Geschäftsfertiger aber immerhin sich großer Verantwortlichkeit aussetzt, so war hier eine Abhilfe geboten, welche in Bezug auf Testamente schon in der Verordnung des großherzogl. Justizministeriums vom 22. Juli 1844

(im Notariatsblatt von 1844, Nr. 15 und sämmtlichen Kreis-Verordnungsblättern verkündet)

dahin erfolgte,

daß der Geschäftsfertiger, wenn eine Ortsentfernung nöthig wird, eine nach Art. 10 des Gesetzes vom 13. Oktober 1840, §. 28 des Gebührentarifs und §. 46 der Instruktion vom 4. Januar 1842 zu bemessende Weggebühr anzusetzen habe, jedoch mit der Beschränkung, daß der Gebührenantheil mit Einschluß der Weggebühr den Betrag von 2 fl. 12 kr. für Testamente, welche bei Tag und von 3 fl. 12 kr.

für solche, welche bei Nacht aufgenommen werden, nicht übersteigen darf.

Gleiche Vorsorge ist nun durch Verordnung großhgl. Justizministeriums vom 22. September d. J. auch für alle übrigen oben unter Nr. 2—5 gedachten Geschäfte dahin getroffen:

daß der Geschäftsfertiger hierbei gleichfalls die Weggebühr anzusprechen habe, welche jedoch einschließlich des Gebührenantheils den vollen Betrag der tarifmäßigen Geschäftsgebühr nicht übersteigen darf.

Es ergibt sich hieraus, daß, wenn auch jetzt noch der Notar in einzelnen Fällen (namentlich in denen des §. 18 des Tarifs) eine sehr mäßige Vergütung erhält, doch den billigen Ansprüchen des die Beurkundung verlangenden Publikums wie denen des Geschäftsfertigers thunlichste Rücksicht getragen ist. Von selbst versteht sich aber, wie auch die Redaction des Notariatsblatts (Jahrgang 1846, S. 116) anerkennt, daß der Notar unter keinen Umständen befugt sein kann, wegen geringer Gebühr die Vornahme einer Beurkundung zu verzögern oder gar die Verantwortlichkeit des Verzugs von sich abzuwälzen.

Bachelin.*)

*) Sekretär bei Großh. Justizministerium in Karlsruhe.

II.

Wiederherstellung gegen Purifikationserkenntnisse, welche wegen ungehorsamen Ausbleibens in der Eidestagfahrt ergangen sind.

§. 602, 653, 654, 658, 659, 660, 661, 664, 234 der Proceß-Ordnung.

In Nr. 10 pag. 67, 68 der dießjährigen Annalen ist eine Entscheidung des III. Civ. Senats des Hofgerichts des Unterrheinkreises angeführt, welche die Wiederherstellung zur kurzen Hand §. 658 d. P. O. gegen ein zum Nachtheil der eidespflichtigen Partei wegen ihres Ausbleibens in der Schwurtagfahrt ergangenes Purifikations-Erkenntniß als unstatthaft erklärte.

Dagegen hat das Hofgericht des Mittelrheinkreises nach Annalen von 1835, Nr. 20. IV. pag. 123 und nach Thilo's Bemerkung zu §. 602 der Proceßordnung im Jahr 1837, so wie nach Nr. 20 der diesjährigen Annalen (II. p. 144) der I. S. des Hofgerichts des Unterrheinkreises gegen Purifikations-Erkenntnisse, welche wegen Versäumniß erlassen wurden, die einfache Wiederherstellung zugelassen.

Gegen die Zulassung dieser Wiederherstellung sind zwei Gründe geltend gemacht worden, deren Unstichhaltigkeit nachzuweisen ich versuchen will.

1) Die Unmöglichkeit der Verbindung der versäumten Proceßhandlung, nämlich der Eidesleistung mit der Bitte um Wiederherstellung.

§. 659 der Proceßordnung.
Annalen 1847 p. 67.

Dieser Grund würde auch gegen die Statthaftigkeit des auf §. 661 der Proceßordnung gestützten Wiederherstellungsgesuchs sprechen (dessen Analogie man anwenden will *), indem auch in §. 661 Absatz 2 die sofortige Beifügung des versäumten Partei-Vortrags zum Wiederherstellungsgesuche gefordert ist.

§. 661 d. Proceß-Ordnung behandelt ganz denselben Gegenstand wie §. 658 eben daselbst, nämlich den Antrag auf Wiederherstellung gegen ein Versäumungserkenntniß und weicht von letzterm nur in Unterscheidung der Zeit jenes Antrags ab, mit andern Worten: §. 658 behandelt den Fall, wenn der Antrag in der hiezu gesetzlich eingeräumten gewöhnlichen Frist und §. 661 den Fall, wenn der Antrag ausnahmsweise nach jener Frist gestellt wird. Dieser §. läßt sich also nicht — auch nicht analog — auf den in §. 658 der Proceßordnung vorgesehenen Fall des rechtzeitigen Antrags auf Wiederherstellung anwenden.

Darüber, daß ein wegen Ungehorsams erlassenes Purifikations-Erkenntniß die Natur eines Versäumungserkenntnisses habe, kann nach Ansicht der

§§. 602 vergl. mit §. 653, 654 der Proceßordnung

nicht wohl gezweifelt werden, ist aber diese Eigenschaft des Erkenntnisses hergestellt, so muß auch §. 658 der Proceßordnung, weil das Gesetz keine Ausnahme macht, zur Anwendung kommen können. **)

*) Annalen, 1847 p. 68. oben.

**) Es wird nicht angehen, nur einzelne Arten der Wiederherstellungsgesuche zuzulassen und andere auszuschließen, sondern man muß entweder alle ausschließen — und dies könnte man nur, wenn das in contumaciam erlassene Purifikationserkenntniß kein Versäumungserkenntniß wäre — oder man muß jede Art der Wieder-

Die Eidesleistung ist zwar eine Proceßhandluug, welche nicht nur unter Mitwirkung des Richters, sondern arg. der §§. 600, 601 der Proceßordnung auch noch unter Zuzug des Gegentheils vorzunehmen, deren alsbaldige Verbindung mit dem Wiederherstellungsgesuche also Sache der Unmöglichkeit ist. *) Wenn man aber hieraus die Folge ableiten wollte, daß ein Wiederherstellungsgesuch nicht znlässig sei, würde man offenbar zu weit gehen, (jedenfalls aber auch den §. 661 d. Proceßordnung nicht anwenden können). Der Impetrant ist in der zur Eidesleistung anberaumten Tagfahrt ausgeblieben, diese versäumte Proceßhandlung kann er erst in der neuerdings zur Eidesleistung anberaumt werdenden Tagfahrt nachholen; etwas Unmögliches kann man aber — und wollte man auch von ihm nicht verlangen, vielmehr hat §. 659 der Proceßordnung (was sich schon aus dem Gebrauch des Worts „Partei-Vortrag" ergibt) nur die gewöhnlichen Fälle im Auge.

Sein Gesuch beschränkt sich hiernach auf die Bitte um Wiederherstellung und um Anberaumung einer neuen Tagfahrt, beziehungsweise darauf, ihm Gelegenheit zu geben, die versäumte Handlung, die er nicht nach Willkür vernehmen kann, nachzuholen.

Da nun aber die Wiederherstellung vor Nachbringung der versäumten Proceßhandlung nicht ertheilt werden soll,

vergl. §. 660 der Proceßordnung,

weil mit dem Ausspruch der Wiederherstellung auch die Verfügung auf diese Proceßhandlung zu erlassen ist,

vergl. §§. 660, 662, 663 der Proceßordnung,

so folgt hieraus, daß die Wiederherstellung nicht schon auf das Gesuch, sondern erst auf die früher versäumte Eidesleistung auszusprechen, wie dies in der Anmerkung der Redaction in den Annalen 1847, p. 145 ausgeführt ist. Macht nun der früher Säumige von der Gelegenheit, die versäumte Handlung nachzuholen, keinen Gebrauch, indem er abermals ausbleibt — so hat er eben die versäumte Proceßhandlung nicht nachgebracht, sein Wiederherstellungsgesuch ist also nun abzuweisen.

Hieraus widerlegt sich zugleich der weitere Gegengrund, nämlich der, daß:

2) die Möglichkeit fortgesetzten Ungehorsams zu befürchten sei.

Bleibt nämlich der um Wiederherstellung Nachsuchende auch in der neuerdings anberaumten Tagfahrt aus, mangelt es also an der Nachbringung der versäumten Handlung, so ist mit der hieraus folgenden Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs das Verfahren über dasselbe nunmehr geschlossen. Gegen die Abweisung eines Wiederherstellungsgesuchs findet aber nur das Rechtsmittel der Appellation und nicht abermals ein Wiederherstellungsgesuch statt.

Die auf das Wiederherstellungsgesuch anberaumte Tagfahrt zur Eidesabnahme ist die zweite, also gleich einer zum erstenmal verlegten. Der Eidespflichtige, welcher in derselben zu erscheinen verhindert ist, hat sich daher nach §. 254 der Proceßordnung rechtzeitig zu benehmen.

War er jedoch (was wohl nur äußerst selten der Fall sein kann) an rechtzeitiger Einreichung einer Verlegungsbitte gehindert und wird wegen seines Ausbleibens sein auf §. 658 der Proceßordnung gestütztes Wiederherstellungsgesuch verworfen, so wird er ohne Zweifel ein neues Wiederherstellungsgesuch gegen das früher erlassene Versäumungs-(Purifikations)-Erkenntniß auf §. 661 der Proceßordnung gestützt, einreichen können, in welchem er den Beweis anzutreten hat, daß es ihm unmöglich war, in der zur Eidesabnahme wiederholt anberaumten Tagfahrt zu erscheinen, über welches Gesuch der Richter dann nach Maßgabe der §§. 663, 664 der Proceßordnung zu erkennen haben wird. Man kann vielleicht mit diesem Systeme, weil es zu Verzögerungen führt, nicht einverstanden sein; allein dann kann man nur die Ansicht des Gesetzgebers bekämpfen, muß

---

herstellungsgesuche je in der vom Gesetze unterstellten Voraussetzung zulassen, d. h. die Versäumung, ohne weitere Entschuldigung zu verlangen, nachsehen, wenn die Frist des §. 658 von dem um Wiederherstellung Nachsuchenden eingehalten ist; andernfalls aber, d. h. wenn diese Frist versäumt ist, das Wiederherstellungsgesuch schon dann abschlagen, wenn nicht nach Vorschrift des §. 661 der Proceßordnung eine Verhinderungsursache bewiesen wird. (§. 664 der Proceßordnung) D. E.

*) Ganz ebenso verhält es sich, wenn der Produkt, welcher die Tagfahrt zur Vorlegung einer nicht bei den Akten befindlichen Privaturkunde (§. 424 der Proceßordnung) oder wenn der Beklagte im Executivprocesse, welcher die Tagfahrt zur Vorlegung und Anerkennung der Urkunden versäumt hat (§. 726, 737 der Proceßordnung), um Wiederherstellung gegen das ergangene Versäumungserkenntniß bittet. D. E.

aber demungeachtet das, was das Gesetz einmal zuläßt, dem der sich darauf beruft, gewähren.

Der Gesichtspunkt, von dem der Gesetzgeber ausgegangen, ist aber wohl ein durchaus praktischer, wie wir aus seiner Darstellung in den von Freiherrn v. Weiler verfaßten Motiven (§. 653 p. 50) ersehen:

„Es ist besser, eine allgemeine, gegen jede Versäumung stattfindende Nachsicht gesetzlich zu statuiren, als die Wiederherstellung von dem im concreten Falle unter unendlichen Modifikationen vorkommenden Grade des Verschuldens abhängig zu machen. Das Urtheil hierüber wird immer manchen Verwicklungen unterliegen, welche nachtheiliger sind, als die geringe Verzögerung, welche durch eine zur Opposition gegebene gesetzliche Frist veranlaßt wird. — Durch diese Frist wird der weitere Vortheil gewonnen, daß, nachdem das Maß der gesetzlichen Nachsicht erschöpft ist, desto strenger auf dem formellen Rechte bestanden und bei einem später nachkommenden Restitutionsgesuche das materielle Recht mit dem formellen nicht mehr vermengt werden darf. Dieses muß nun vor Allem gerechtfertigt werden, ehe auf jenes eingegangen werden kann.“ (§. 664 der Proceßordnung).

Stempf.

III.

Fragen aus dem Zehntablösungsgesetze.

A.

1) Ist der Zehntberechtigte schuldig, dem Zehntpflichtigen die in seinem Besitze befindliche Urkunden zur Nachweisung des Zehntertrags in den Normaljahren herauszugeben?

Z. B. n. F. VIII. S. 401.
Annalen XI. S. 362.

2) Das aus dem angegebenen Inhalt der vorzulegenden Urkunde gezogene Rechnungsergebniß ist kein wesentlich zur Begründung des Editionsgesuchs nothwendiger Bestandtheil, daher auch nicht zur Aufnahme in den Editionseid geeignet, sondern nur wegen Androhung des für den Eidesverweigerungsfall auszusprechenden Rechtsnachtheils unerläßlich.

Proceßordnung §§. 783 1, 790 1.

Die Gemeinde N. kam unterm 1. Mai 1843 mit der auf dortiger Gemarkung zehntberechtigten Standesherrschaft L. gütlich überein, das Zehnablösungskapital auf 11,600 fl. festzusetzen; die Finanzbehörde ertheilte jedoch diesem Uebereinkommen ihre Zustimmung nicht.

Auf ihren Antrag erließ das Amt eine dem §. 60 des Zehntgesetzes entsprechende Aufforderung an die berechtigte Standesherrschaft und ernannte nach fruchtlos umlaufener Frist Sachverständige zur Abschätzung des Zehntrechts.

Nun reichte aber die Finanzbehörde ein Editionsgesuch gegen die Berechtigten ein, worin

1) zur Beschreibung der vorzulegenden Urkunden vorgetragen wurde, die Standesherrschaft habe nach ihren eigenen Angaben den großen Zehnten auf der Gemarkung N. jeweils verpachtet, mithin ergebe sich aus den Pachtprotokollen, den Rechnungen und Rechnungsbeilagen des Rentamts S. das reine Einkommen in den Normaljahren, weshalb die Vorlage jener Urkunden verlangt werde, da sich nach ihrem Inhalt der durchschnittliche jährliche Reinertrag nur auf 260 fl. belaufe;
2) zur Bescheinigung des Besitzes dieser Urkunden:
   a. die Stellen der Acten bezeichnet wurden, worin die Standesherrschaft deren Besitz zugestehe;
   b. der Editionseid zugeschoben wurde;
3) die Verpflichtung der Standesherrschaft zur Vorlage jener Urkunden theils, aus dem Zehntgesetze abgeleitet wurde, welches in den §§. 27, 28, 29, 55, 60, 61 und 62 verlange, daß nur da, wo keine Urkunden vorhanden seien, Schätzung zur Ermittlung des Ablösungskapitals eintreten solle, — theils aus §. 786, 4, c. d. der Proceßordnung, da die Finanzbehörde die Stelle der Verpflichteten einnehme: bei dem Zehntablösungsverfahren aber der Berechtigte, welcher die Ablösungssumme verlange, liquidire, als Kläger auftrete, daher auch gegen den durch Schätzung angetretenen Beweis den Gegenbeweis durch seine eigene Urkunden sich gefallen lassen müsse.

Die zehntberechtigte Standesherrschaft gestand zwar den Besitz der bezeichneten Urkunden zu, führte aber gegen das Editionsgesuch aus, das Zehntgesetz kenne keinen Zwang zur Herausgabe der Urkunden, stelle es vielmehr in die Willkür der Besitzer von solchen, sie herauszugeben oder nicht — und lasse überdies, sobald einmal die Offi-

cialermittlung des Zehntkapitals eingetreten sei, urkundliche Nachweisungen gar nicht mehr zu.

Das Zehntablösungsgesetz ordne ein besonderes Verfahren an, in welches das gewöhnliche der Proceßordnung nicht eingreifen dürfe, mithin sei §. 786 der Proceßordnung hier nicht anwendbar: auch trete bei dem Zehntablösungsverfahren kein Theil als Kläger auf, jedenfalls würde aber der Theil als Kläger erscheinen, welcher die Ablösung begehre, mithin hier die an die Stelle des Pflichtigen getretene Finanzbehörde.

Wolle man endlich annehmen, daß der Beweis der Ablösungssumme durch Abschätzung von dem Zehntberechtigten angetreten werde, so müsse man das Präjudiz, daß Urkunden nicht mehr zugelassen werden, dann auch für ihn wie gegen ihn festhalten. Auch sei, wenn einmal die Festsetzung der Ablösungssumme durch Abschätzung eingeleitet, der Urkundenbeweis nicht mehr Gegenbeweis, sondern lediglich zur Verdrängung des Schätzungsbeweises bestimmt.

Der Unterrichter wies das Editionsgesuch ab, das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Sen.) erkannte jedoch abändernd:

„die Standesherrschaft L. sei schuldig, in der anzuberaumenden Editionstagfahrt die Pachtprotokolle und Rechnungen nebst Beilagen zu denselben vorzulegen, welche über die wirkliche Einnahme von ihren Zehntberechtigungen auf der Gemarkung N. in den Normaljahren und über die zum Abzug geeignete Zehntverwaltungskosten, Abgänge und Nachlässe, Nachweisungen enthalten,

widrigenfalls dem Großherzoglichen Fiskus gegenüber für erwiesen angenommen würde, die reine Rente aus der Zehntberechtigung der fürstl. Standesherrschaft auf N. Gemarkung habe in den Normaljahren mehr nicht, als durchschnittlich 260 fl. betragen."

Der Gerichtshof hielt nämlich das Editionsgesuch für begründet, indem er Folgendes in Erwägung zog:

„Das Zehntablösungsgesetz benennt zwei Wege, auf denen das Erträgniß des Zehntens in den Normaljahren gesucht werden soll: Urkunden und Schätzung. Den Urkunden aber gibt es den Vorzug und läßt Schätzung nur in Ermanglung solcher, oder wo die Urkunden einen unrichtigen Maßstab abgeben würden, eintreten. Daß dieses der Wille des Zehntgesetzes ist, ergibt sich klar aus dem zweiten Titel, welcher allgemeine, sowohl die Ablösung mittelst gütlichen Uebereinkommens als mittelst gerichtlichen Verfahrens normirende, Bestimmungen enthält.

So verordnet namentlich §. 28, daß der Zehntrohertrag in den Normaljahren aus „Rechnungen, Pachtkontrakten oder sonstigen urkundlichen Nachweisungen, so weit solche vorliegen," entnommen werden solle, — §. 29, daß nur, wo es an solchen urkundlichen Nachweisungen mangelt, Schätzung einzutreten habe. Man vergleiche auch die §§. 31. 32. — Denselben Grundsatz, daß Urkunden vorzugsweise zur Ermittlung des Zehnterträgnisses benützt werden sollen, spricht das Zehntgesetz auch im vierten Titel: C. „Ablösung mittelst gerichtlichen Verfahrens" aus, indem es von dem Zehntberechtigten in §. 60, 2, verlangt, er solle eine Berechnung des Ablösungskapitals, sofern es ihm hiezu nicht an den erforderlichen Materialien mangle, vorlegen, und ihn in §. 60 2 a. auf den oben allegirten §. 28 und in 2 d. auf die in §. 32 erwähnten nach den Marktprotokollen gefertigten Durchschnittspreise verweist und in §. 61 des Zehntgesetzes anordnet, daß die Rechnungen und Urkunden des Zehntberechtigten den Zehntpflichtigen und Lastenübernehmern zur Einsicht offen stehen sollen. Wie aus diesen Bestimmungen, so ergibt sich aus dem Zehntgesetze überall das Bestreben, nicht wie bei den übrigen bürgerlichen Rechtsstreiten einen formellen Beweis über das Streitobjekt, sondern eine materiell richtige Berechnung des Zehnterträgnisses in den Normaljahren zu erzielen.

Dieser Geist des Gesetzes muß daher auch bei allen Fragen, welche in demselben nicht mit Bestimmtheit entschieden sind, beachtet und aus diesem Gesichtspunkt auch die Frage beantwortet werden, ob es in der That nach der Ansicht des Editionsbeklagten gänzlich in den Willen des Zehntberechtigten gestellt ist, dadurch, daß er die dreimonatliche Frist des §. 60 verstreichen läßt, ohne die gesetzlich verlangten Nachweisungen zu liefern, alle urkundlichen Nachweisungen zu beseitigen, oder ob es dem Zehntpflichtigen nicht und unter welchen Umständen es gestattet ist, die in jenes Besitze befindlichen Urkunden zu verlangen.

Der Editionskläger ist zwar, gestützt auf die hauptsächlichsten der oben angeführten Gesetzesstellen, der Ansicht, daß das Zehntgesetz schon hiedurch dem Zehntberechtigten die Herausgabe seiner Urkunden auferlege. Allein

wenn ein solcher unbedingter Zwang auch aus den §§. 27, 28 f. gefolgert werden könnte, so steht diesem doch der §. 60 gegenüber, welcher dem Zehntberechtigten für den Fall, daß er die gesetzlich verlangten Nachweisungen nicht liefere, nur den Rechtsnachtheil androht, daß nun die Ermittlung des Zehnterträgnisses durch Schätzung zu geschehen habe. Wo aber das Gesetz einen Zwang nicht ausdrücklich gestattet, da darf auch nicht vermuthet werden, daß es denselben zulassen wolle, dagegen untersagt auch das Zehntgesetz nirgends, daß in solchen Fällen, in welchen eine Editionsklage überhaupt zulässig ist, sie auch in dem Zehntablösungsverfahren statt habe; mit Berücksichtignng der oben gegebenen Ausführung, insbesondere im Hinblick auf §. 61 muß man vielmehr annehmen, daß in den hiezu geeigneten Fällen eine Editionsklage zu begünstigen sei und es steht daher die auch von dem Unterrichter getheilte Ansicht, daß das Zehntgesetz als ein für sich bestehendes, von den Regeln des gemeinen Processes abweichendes Verfahren, die Aenderung der bürgerlichen Proceß-Ordnung ausschließe, der Zulassung einer Editionsklage nicht entgegen, und zwar darf dieses um so weniger angenommen werden, als das Zehntgesetz ein singuläres Gesetz ist, nach bekannten Auslegungsregeln aber singuläre Gesetze allgemeinen nicht weiter derogiren, als es der bestimmte Inhalt jener ausdrückt.

Die bürgerliche Proceßordnung erklärt nun im §. 768, 4 b. jede Partei für berechtigt, von dem Gegner, gleich viel, ob er Kläger oder Beklagter sei, die Vorlegung aller Urkunden, welche sie gegen den Gegner zur Entkräftung seines Beweises, oder Führung des Gegenbeweises bedarf, zu verlangen. Es kommt also in vorliegendem Falle nicht darauf an, ob der Zehntberechtigte oder der Zehntpflichtige die Rolle des Klägers übernahm, sondern nur darauf, wer den Beweis der Forderungssumme zu führen hat. Dieser Beweis liegt aber dem Zehntberechtigten und nicht dem Zehntpflichtigen ob. Denn der erstere verlangt eine Entschädigungssumme für die Entziehung des Naturalzehnten, er muß daher darthun, wie viel Vortheil ihm der Letztere brachte. Ihm liegt daher nach der Natur der Sache die Beweislast ob. Allein die Rolle als Beweisführer theilt ihm auch das Gesetz zu.

Dieses weist ihn in §. 60 an, wie er den Beweis seiner Forderung des Ablösungskapital anzutreten habe und substituirt dieser Beweisantretung die Abschätzung. Dieser, gleich wie der in §. 60, 1 — 4 gesetzlich normirten Beweisantretung gegenüber muß es daher dem Probaten gestattet sein, sich der eigenen Urkunden des Beweisführers zur Widerlegung zu bedienen.

Hiegegen wird zwar geltend gemacht, daß:

a) wenn einmal die Schätzung eingetreten, nach dem in §. 60 angedrohten Rechtsnachtheile Urkunden überhaupt nicht mehr zulässig seien, und
b) der Urkundenbeweis auch nicht angetreten werden solle, um einen Gegenbeweis zu erbringen, sondern vielmehr um den Hauptbeweis durch Schätzung zu beseitigen.

Allein was die erste Einwendung anbelangt, so untersagt das Gesetz lediglich dem mit der Vorlage seiner Urkunden säumigen Berechtigten, nicht aber dem Pflichtigen — dessen Stelle die Finanzbehörde einnimmt, (§. 55 Z. G.) — sich der Rechnungsnachweisungen zu bedienen, und keineswegs zu dem angegebenen Zwecke. Der Zweck ist lediglich, daß nicht „nach vollzogener Schätzung" ein neues Beweisverfahren eingeleitet, und dadurch der Zehntpflichtige hingehalten werde. Die zweite Einwendung aber erscheint deshalb unbegründet, weil Zweck und Wesen des Gegenbeweises gerade darin besteht, den Hauptbeweis zu zerstören, oder die entgegengesetzte Behauptung des Probaten zu bewahrheiten. In der urkundlichen Nachweisung des wirklichen Werthes des Zehntens würde aber in der That ein Gegenbeweis gegen das durch Schätzung, somit nur annäherungsweise zu erbringende Resultat über den Werth des abzulösenden Zehnten liegen. Ein solcher Gegenbeweis, der nach dem Geiste des Zehntgesetzes die urkundliche Nachweisung des wirklichen Werthes bezweckt, muß daher dem Zehntpflichtigen, beziehungsweise der Finanzbehörde, gestattet sein.

Das Großherzogliche Oberhofgericht, an welches die Editionsbeklagte im Weg der Oberappellation nun diese Sache brachte, erkannte unterm 22. Juni 1847, (Nr. 3017 I. Senat) bestätigend.

Von Seite der fürstlichen Standesherrschaft war gegen das hofgerichtliche Urtheil nebenbei noch die besondere Beschwerde aufgestellt worden, daß der Besitz der zu edirenden Urkunden als erwiesen angenommen worden sei, obgleich die zur Begründung des Editionsgesuchs

wesentlich gehörige Behauptung: „es werde durch den Inhalt dieser Urkunden ein durchschnittlicher Reinertrag des abzulösenden Zehnten von jährlich 260 fl. nachgewiesen" weder beklagter Seits zugestanden noch in die Formel des der Beklagten zugeschobenen Editionseides aufgenommen gewesen sei und darum die Verweigerung des ohne jene specielle Behauptung über die Größe des Zehntertrags völlig unerheblichen Eides für die Beklagte überall keinen Nachtheil haben könne.

Mit dieser Beschwerde wurde die angeführte thatsächliche Behauptung ausdrücklich widersprochen und zunächst um Berichtigung der Formel des Editionseides sowie um Gestattung einer weiteren Erklärung über dessen Annahme gebeten.

Das Großherzogliche Oberhofgericht hielt jedoch auch diese Beschwerde für ungegründet, indem es ausführte:

„Der Bestimmung des §. 783 Nr. 1 der Proceßordnung zufolge soll zwar das Gesuch, womit die Herausgabe oder Vorlage einer Urkunde begehrt wird, sofern nicht eine Abschrift der Urkunde beigefügt werden kann, allerdings eine Beschreibung derselben mit bestimmter Angabe ihres Inhaltes enthalten, welcher Vorschrift der Großherzogl. Fiscus in dem vorliegenden Falle theils durch verschiedene Anführungen, aus welchen hervorgeht, daß die von ihm verlangten Urkunden, Pachtverträge und Rechnungen nebst Beilagen, Nachweisungen über den Ertrag des Zehnten auf der Gemarkung von Ruchsen während der Normaljahre enthalten, theils durch die bestimmte Behauptung zu genügen gesucht hat, daß aus dem Inhalte der fraglichen Urkunden ein durchschnittlicher Reinertrag von 260 fl. per Jahr sich ergebe.

Diese letztere Behauptung war aber zur Begründung des angebrachten Editionsgesuches keineswegs wesentlich nothwendig; denn es würde der vom Richter der II. Instanz angenommenen und auch dahier adoptirten Rechtsansicht zufolge die Editionspflicht der Beklagten immerhin als begründet sich darstellen, wenn auch durch die vorzulegenden Urkunden ein Reinertrag des Zehnten von mehr oder weniger als 260 fl. im Durschnitt etwa nachgewiesen werden sollte.

Wesentlich in dieser Beziehung war nur die Behauptung, daß die Rechnungen und sonstigen Urkunden, deren Vorlage begehrt wird, überhaupt Nachweisungen über den wirklichen Ertrag des Zehnten und die Kosten seiner Erhebung in der Normalperiode enthalten, weil, sobald dieses der Fall ist, der gesetzlichen Bestimmung gemäß, der aus den Urkunden zu entnehmende Ertrag bei Ermittlung des Ablösungskapitals zu Grunde gelegt, die Abschätzung umgangen, und sohin das von dem Inhalte der Urkunden etwa abweichende Ergebniß einer solchen Schätzung im Voraus als durch den Urkundenbeweis widerlegt von dem Richter angesehen werden soll. Eine bestimmte Angabe über die Größe des aus den Urkunden hervorgehenden Zehntreinertrags mit dem angebrachten Editionsgesuche ist nur darum nothwendig und durch das Gesetz vorgeschrieben, weil ohne sie die Androhung eines wirksamen Rechtsnachtheils nach Maßgabe des §. 790 Nr. 1 der Proceßordnung für den Fall der Verweigerung des Editionseides, sofern der Besitz der Urkunde durch Eideszuschiebung erwiesen werden soll und der Vollzug eines verurtheilenden Erkenntnisses überhaupt unmöglich sein würde. Jene Angabe eines bestimmten Betrages der Zehnterträgnisse in den Normaljahren war darum auch keineswegs, wie in der Oberappellationsbeschwerdeschrift auszuführen gesucht wird, zur Aufnahme in die Formel des zugeschobenen Editionseides geeignet, vielmehr mußte die Formel dieses Eides in der klagenderseits vorgeschlagenen Art, da sie alle zur Begründung des Editionsgesuches gehörigen Thatsachen umfaßt, für angemessen und vollständig erachtet werden.

Mit Recht hat daher der Richter der vordern Instanz, nachdem beklagterseits in Folge besonderer hofgerichtlicher Verfügung vom 18. November v. J. die Annahme des zugeschobenen Eides ausdrücklich und mit dem Beifügen verweigert worden war, daß die fürstliche Standesherrschaft vielmehr das Vorhandensein vollständiger Rentamtsrechnungen nebst Belegen aus der Durchschnittsperiode zugeben müsse, dieses Zugeständniß für hinreichend angenommen, um mit Umgehung eines Erkenntnisses auf den zugeschobenen Editionseid die Beklagte sofort zur Vorlage der verlangten Urkunden, über deren Identität und Besitz hiernach kein Streit mehr unter den Parteien bestand, zu verurtheilen.

Der in III. Instanz bezüglich auf die Größe des Zehntdurchschnittsertrages nachträglich vorgebrachte Widerspruch aber erscheint als unerheblich und die hieher gehörige Bestimmung, wornach in dem dort unterstellten Falle der Reinertrag zu 260 fl. — im Durchschnitt angenommen

werden soll, für die fürstliche Standesherrschaft um so weniger beschwerend, als dieselbe sich jedenfalls in der Lage befindet, durch Vorlage der betreffenden Rechnungen nebst Beilagen den wirklichen Reinertrag des Zehnten, um den es sich allein handelt, darthun und damit dem angedrohten Rechtsnachtheil begegnen zu können.

Stempf.

B.

1) In Zehntablösungssachen ist das Rechtsmittel der Appellation in der Noth-Frist von vier Wochen einzuführen,

§. 66 des Zehntablösungs-Gesetzes,

sind die Fristen zur Anzeige und zur Ausführung des Rechtsmittels nicht getrennt, findet also auch die Vergünstigung des §. 1201 und 1203 der Proceßordnung nicht statt!

J. B. n. F. VIII. p. 433 ff.
Annalen 1843. Nr. 29 p. 219.

2) Auf den Grund irriger Belehrung über die Nothfristen der Appellation kann diejenige Parthie Wiederherstellung gegen Versäumung jener Fristen nicht fordern, deren Anwalt bei der Verkündung des Urtheils zugegen war.

Die Gemeinde Altenbach rief Namens der dortigen Zehntpflichtigen, wegen Ablösung des auf der Altenbacher Gemarkung ruhenden Zehntens gegen den Zehntberechtigten Nicolaus G. von dort das Oberamt H. um gerichtliche Entscheidung an.

Am 25. Februar 1846 erfolgte amtliches Erkenntniß, welches das dem Zehntberechtigten gebührende Ablösungskapital auf 3550 fl. 55 kr. festsetzte.

Dasselbe wurde am 31. März den Betheiligten eröffnet, worauf Nicolaus G. die Berufung dagegen anzeigte; die Beschwerdeschrift kam aber erst am 4. Juli 1846 ein, nachdem vorher auf Antrag der Gemeinde ein Verfallenerkenntniß erlassen und dem Zehntberechtigten dessen Ausfertigung am 1. Juli behändigt worden war.

Sein Anwalt bat um Wiederherstellung, da die Frist des §. 1203 der Proceßordnung eingehalten sei.

Dagegen machte der appellatische Fiscalanwalt geltend, daß nach §. 66 des Zehntablösungsgesetzes die Berufung gegen das amtliche Urtheil, welches das Zehntablösungskapital festsetze, nur binnen vier Wochen offen stehe, mithin das amtliche Urtheil mit dem Ablauf von vier Wochen von seiner Eröffnung an, die Rechtskraft beschreite, wenn nicht binnen solcher vier Wochen die Berufungsschrift bei dem Gerichte zweiter Instanz eingereicht worden sei. Eine besondere Appellationsanzeige mit der Wirkung, daß dadurch das unterrichterliche Urtheil in so lange a viribus rei judicatae suspendirt werde, bis ein Appellations-Verfallen-Erkenntniß und die Restitutionsfrist gegen letzteres abgelaufen sei, kenne unser Zehntablösungsgesetz nicht. Die Appellationsanzeige sei in Zehntablösungssachen gar kein proceßualischer Akt und wenn sie dennoch — wie hier — vollzogen werde, so sei sie müßig, ohne irgend eine Rechtswirkung äußern zu können. Da nun der Zehntberechtigte die Berufungsbeschwerde gegen das ihm bereits am 30. März verkündete amtliche Urtheil erst am 4. Juli, also lange nach Ablauf der gesetzlichen 4 Wochen bei Großherzoglichem Hofgerichte eingebracht habe, so stehe es rechtlich fest, daß jenes amtliche Urtheil die Rechtskraft beschritten habe. Zwar könne der Kläger möglicherweise bei dem Großh. Hofgerichte eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen diese Rechtskraft erlangen und dadurch seinem verspätet geltend gemachten Rechtsmittel der Berufung Eingang bei dem Richter II. Instanz verschaffen, allein insolange er diese Restitution nicht erwirkt habe, ist und bleibe das angeführte amtliche Erkenntniß rechtskräftig.

Das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Senat) verwarf denn auch durch Beschluß vom 16. September 1846 die von dem Zehntberechtigten gegen das Erkenntniß des Oberamts H. vom 25. Februar desselben Jahrs eingeführte Berufung als unzuläßig:

in Betracht, daß §. 66 des Zehntablösungsgesetzes ganz allgemein bestimmt, wenn einer der Betheiligten mit der Festsetzung des Zehntablösungskapitals nicht zufrieden sei, stehe ihm die Berufung binnen 4 Wochen offen und daß in Bezug auf die Oberberufung am Schlusse beigefügt wird: „die Fristen sind dieselben, wie beim Verfahren in zweiter Instanz“; daß also das Zehntablösungsgesetz über die Nothfristen der Berufung besondere Vorschriften enthält und darum die Bestimmungen der Proceßordnung in dieser Hinsicht nicht zur Anwendung kommen können;

in Betracht, daß das Urtheil vom 25. Februar 1846 dem Appellanten am 31. März eröffnet worden ist, derselbe zwar am 14. April die Berufung angezeigt, aber erst am 4. Juli, also lange nach Ablauf der Nothfrist von 4 Wochen die Beschwerdeschrift eingereicht, auch sein Wiederherstellungsgesuch auf eine besondere Verhinderungsursache (§. 1205 der Proceßordnung) nicht gestützt hat, daß endlich die in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Behauptung, er sei über die Nothfristen von dem Unterrichter unrichtig belehrt worden, jedenfalls schriftlich hätte begründet werden müssen (§. 1169 der Proceßordnung) auch nicht zur Wiederherstellung kurzer Hand berechtigen würde.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe, den 6. November 1847.

I.

B.

1) In Zehntablösungssachen ist das Rechtsmittel der Appellation in der Noth-Frist von vier Wochen einzuführen,

§. 66 des Zehntablösungs-Gesetzes,

sind die Fristen zur Anzeige und zur Ausführung des Rechtsmittels nicht getrennt, findet also auch die Vergünstigung des §. 1201 und 1203 der Proceßordnung nicht statt!

J. B. n. F. VIII. p. 433 ff.

Annalen 1843. Nr. 29 p. 219.

2) Auf den Grund irriger Belehrung über die Nothfristen der Appellation kann diejenige Partie Wiederherstellung gegen Versäumung jener Fristen nicht fordern, deren Anwalt bei der Verkündung des Urtheils zugegen war.

(Schluß.)

Dieses Erkenntniß wurde durch Urtheil des Großh. Oberhofgerichts vom 12. Mai 1847, Nr. 2241 bestätigt und zwar aus folgenden Gründen:

„Das Gesetz vom 15. November 1833 enthält in seinen Vorschriften für das gerichtliche Verfahren zur Festsetzung der Zehntablösungs-Capitalien §§. 58—70 mehrfache Abweichungen von der bürgerlichen Proceßordnung vom 31. December 1831, insbesondere hinsichtlich der Eröffnung des Verfahrens, der Ausdehnung der richterlichen Thätigkeit, der Feststellung der thatsächlichen Streitfragen, der Beweismittel und des Beweisverfahrens, so wie der Rechtsmittel und des Instanzenzugs, welche Modifikationen wegen der eigenthümlichen Natur solcher Streitigkeiten im öffentlichen Interesse und zum Wohl der Parteien einen einfachen und schleunigen, von manchen Formen befreiten Gang solcher Processe bezwecken und als Normen eines neuern und speciellen Gesetzes das ältere allgemeine Proceßrecht für diesen Theil der Rechtspflege aufheben. Eine solche Aenderung an den Vorschriften des Verfahrens ist auch darin eingetreten, daß statt der in der Proceß-Ordnung §. 1187, 1195 auf 14 Tage, beziehungsweise 42 Tage bestimmten Nothfristen zur Anmeldung und Einführung der Appellation, welche nach §. 1206 im abgekürzten Verfahren auf 8 und 21 Tage beschränkt sind, im §. 66 des Zehntablösungsgesetzes derjenigen Partie, welche mit dem unterrichterlichen Urtheil nicht zufrieden ist, zur Berufung an das Gericht zweiter Instanz überhaupt eine Frist von 4 Wochen angesetzt wurde. Diese neue Bestimmung der Dauer der Appellationsfrist ist ohne Zweifel auf Beschleunigung des Verfahrens berechnet, dessen Uebergang in die höhere Instanz zur Verzögerung der endgültigen Entscheidung nicht begünstigt sein soll, wie sich dieß auch aus der weitern Vorschrift des §. 66 ergibt, wornach das zufolge der §§. 1173 und 1239 der Proceßordnung bei einer bestimmten Streitsumme sonst immer statthafte Rechtsmittel der Oberappellation gar nicht zuläßig ist, wenn die Gerichte erster und zweiter Instanz gleichförmig erkannt haben. Es muß daher angenommen werden, daß der Gesetzgeber für die Einführung der Appellation in solchen Processen nur eine Frist in der beschränkten Dauer von vier Wochen festsetzen und eine besondere kürzere Frist zur Anmeldung derselben nicht beibehalten wollte. Nach der Aufhebung jener Sonderung der Fristen für die beiden Proceßhandlungen der Anzeige und der Rechtfertigung der Appellation fehlt aber die nothwendige Voraussetzung zur Anwendung der §§. 1201 und 1203, wornach bei verschiedenen Fristen das rechtzeitige Anzeigen der Appellation auch ohne Einführung derselben dem

Appellanten sein Rechtsmittel in so ferne bewahrt, als solches erst durch das Hinzukommen der Verfallenerklärung und des Ablaufs der Wiederherstellungsfrist verloren geht. Diese Vergünstigung, von welcher die Proceßvorschriften des Zehntablösungsgesetzes nichts enthalten, auch bei der hier für die ganze Thätigkeit des Appellanten ohne Trennung bestimmten Frist von 4 Wochen einzuräumen, somit die Appellation bis zu einer Verfallenerklärung und dem Ablauf der Wiederherstellungsfrist noch zuzulassen, wenn sie nur innerhalb jener Frist angezeigt worden ist, wäre überdies gegen die erklärte Absicht des Gesetzes, indem mit dieser Auslegung die sonst nach den allgemeinen Vorschriften der Proceßordnung §. 1187 und 1206 nur 14, beziehungsweise 8 Tage währende Frist zur schützenden Appellations-Anzeige um 14 oder 20 Tage verlängert, somit die Erledigung der Zehntablösungsprocesse im Verhältniß zum sonstigen Verfahren nicht beschleunigt, sondern verzögert würde.

Es erscheint daher die Appellation gegen das dem Beklagten Gutfleisch am 31. März 1846 verkündete Urtheil des Oberamtes Heidelberg, welche zwar am 14. April v. J. angezeigt, aber erst am 21. Oktober v. J. — mithin lange nach Ablauf der Nothfrist von vier Wochen durch Uebergabe der Beschwerdeschrift eingeführt worden ist, als versäumt und das in der Appellationsbeschwerdeschrift ohne Anführung und Bescheinigung einer nach §. 1205 der Proceßordnung erheblichen Verhinderungsursache oder eines nach §. 156 a. zulässigen Wiederherherstellungsgrundes vorgebrachte Restitutionsgesuch als verwerflich, somit das Rechtsmittel selbst als unzulässig.

Wenn dagegen von Seiten des Appellanten in der mündlichen Verhandlung vor Großherzoglichem Hofgericht, wie aus dessen Entscheidungsgründen hervorgeht, behauptet wurde, daß er über die Nothfristen vom Richter unrichtig belehrt worden sei, was nun auch in der Oberappellationsbeschwerdeschrift geltend gemacht ist, so kann dieses Vorbringen schon in formeller Beziehung nicht berücksichtiget werden, weil es in zweiter Instanz nicht schriftlich zu Begründung des Wiederherstellungsgesuches vorgetragen wurde und in dritter Instanz als Vortrag einer neuen Thatsache, resp. als neue thatsächliche Begründung eines in der vordern Instanz ohne Anführung eines Grundes gestellten Gesuchs nach Proceßordnung §. 1242 und Artikel 12 des Gesetzes vom 3. August 1837 nicht mehr Statt findet. Ueberdies fehlt diesem Vorbringen auch jetzt noch aller Beweis, welcher nach §. 1205 schon mit dem Wiederherstellungsgesuch beizubringen gewesen wäre.

Abgesehen davon, ist nach der Proceßordnung §. 386 das Unterlassen der Belehrung über das zustehende Rechtsmittel, resp. der Zustellung einer gedruckten Belehrung von Seiten des Richters kein hinlänglicher Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nothfrist und überhaupt diese Belehrung, nur für den Fall vorgeschrieben, wenn die Parteien oder ihre Vertreter nicht Rechtsgelehrte sind. Hiernach ist in Uebereinstimmung mit dem L. R. E. 1, b. vorausgesetzt, daß die Partei die gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsmittel, wie jedes andere verkündete Gesetz, auch ohne Belehrung wissen soll und auf einen Irrthum in dieser Beziehung zur Entschuldigung einer Versäumung sich nicht berufen kann, daß sogar eine solche Belehrung gegenüber einem Rechtsgelehrten als überflüssig unterbleiben darf. Im vorliegenden Fall aber wurde das unterrichterliche Urtheil nicht nur dem Beklagten, sondern zugleich dessen miterschienenem Anwalt, einem Advokaten, verkündet, welcher ihn in erster Instanz vertreten hatte, auch die Appellation alsbald anzeigte, aber zu spät ausführte und welcher jedenfalls als Rechtsgelehrter ohne Belehrung den §. 66 des Zehntablösungsgesetzes in seiner richtigen Auslegung kennen mußte, folglich einen durch die Belehrung des Unterrichters herbeigeführten Irrthum nicht vorschützen kann. Auf ein Verschulden des Anwalts aber ist das Wiederherstellungsgesuch nicht gegründet, wie solches überhaupt den Vorschriften des §. 156 a. der Proceß-Ordnung nicht entspricht."

Stempf.

C.

1) **Wird von der Finanzbehörde einem zwischen dem Zehntberechtigten und den Zehntpflichtigen zu Stande gekommenen Vertrag über die Zehntablösung die Genehmigung versagt und gerichtliche Abschätzung verlangt, so hat der Fiskus bloß von dem zwischen dem Berechtigten und den Pflichtigen stipulirten**

Ablösungs-Kapital ein Fünftel als Staatszuschuß zu entrichten, wenn auch in Folge der Abschätzung eine höhere Summe bestimmt wird.

2) Ist das Bezugsrecht des Zehntens und dessen Umfang von den Pflichtigen anerkannt, so steht es der Finanzbehörde nicht zu, gegen das Zehntrecht selbst Einwendungen zu erheben.

3) Wenn auch seit unfürdenklicher Zeit statt des Naturalzehntens ein ständiges Aversum, oder Surrogat entrichtet wird, so kommt solches gleichwohl bei der Zehntablösung in Anrechnung.

Zwischen der evangelischen Pfarrei Opfingen und den Zehntpflichtigen der dortigen Gemarkung kam am 20. Sept. 1840 über die Zehntablösung eine gütliche Uebereinkunft zu Stande, wornach die Zehntablösungssumme auf 28000 fl. festgesetzt und in §. 4 des Ablösungsvertrages bedungen wurde, daß die berechtigte Pfarrei selbst für die Flüssigmachung des Staatszuschusses zu sorgen habe und zu diesem Behufe die Zehntpflichtigen ihre Rechte hieran der Pfarrei abtreten. Dieser Vertrag erhielt am 3. Oktober 1840 die Genehmigung von dem ehemaligen Großherzoglichen Ministerium des Innern, evangelischer Kirchensektion. Dagegen versagte die Großherzogliche Hofdomänenkammer-Zehntsektion, Namens des Fiskus hinsichtlich des Staatszuschusses jenem Vertrage die Zustimmung und verlangte eine gerichtliche Abschätzung. In Folge der hierauf vorgenommenen Taxation wurde die Ablösungssumme auf nur 25943 fl. 46 kr. festgesetzt und somit durch amtliches Urtheil der Staatszuschuß auf 5188 fl. 44 kr. bestimmt. Hiebei hatte der Unterrichter übersehen, daß der Fiskus geltend machte, es sei von den Wiesen, Kleefeldern und Grasgärten seit unfürdenklicher Zeit statt des Naturalzehntens ein ständiges Surrogat in Geld entrichtet worden, es müsse daher diese Abgabe nach Landrechtsatz 710 cs. als Zehntgült gelten und nach Gültrecht beurtheilt werden, es sei solche also bei der Zehntablösung nicht in Anrechnung zu bringen. Auf diesen Umstand von der Finanzbehörde aufmerksam gemacht, ergänzte der Unterrichter sein früheres Urtheil, oder änderte vielmehr solches dahin ab, daß der Staatsbeitrag auf 4295 fl. 40 kr. festgesetzt werde.

Durch diese Erkenntnisse fand sich die Pfarrei Opfingen beschwert und die Beschwerde hiegegen, resp. gegen das Verfahren und Gutachten der Sachverständigen, bestand zunächst darin, daß dieselben

1) gegen die ihnen ertheilte Instruktion die Abschätzung vorgenommen haben, ohne daß der Umfang des zehntpflichtigen Areals gehörig untersucht und ermittelt worden sei; und daß

2) die Experten gegen die Bestimmung in §. 27 f. des Zehntablösungsgesetzes, so wie gegen die Instruktion nicht den Zehntrohertrag eines jeden der Normaljahre aufgesucht und angegeben, sondern nur den durchschnittlichen Ertrag angenommen haben. Diese Beschwerde fand das Hofgericht des Oberrheinkreises gegründet. Denn was den ersten Punkt betrifft, so war in der Schätzungsurkunde nur gesagt, daß das zehntpflichtige Areal ausgemittelt worden sei. Auf welche Art und Weise dieses geschehen, ob namentlich der §. 4 der von der Pfarrei ertheilten Instruktion befolgt worden sei, oder ob die Sachverständigen selbst von der Zehntflur Einsicht genommen haben, hierüber schwieg die Schätzungsurkunde.

Anbelangend den zweiten Punkt, so war zwar in §. 3 der von der Pfarrei gegebenen Instruktion den Schätzern erlaubt, statt des Ertrages für jedes der Normaljahre einen Durchschnittsertrag für sämmtliche Jahre anzunehmen, jedoch nur dann, wenn in einzelnen Fällen die Abschätzung des Zehntrohertrages für jedes der Normaljahre nicht ausführbar oder sehr unsicher ist.

Nun aber erklärten die Schätzer nur, daß eine Abschätzung des Zehntrohertrages für jedes einzelne der Normaljahre ihre großen Schwierigkeiten habe; sie gaben indessen die Möglichkeit eines solchen Operats selbst zu und sagten bloß, daß die Vornahme desselben viele Zeit und großen Kostenaufwand erfordere. Demnach nahm man hier die Voraussetzungen des §. 550 der Proceßordnung als vorhanden an, unter welchen eine neue Schätzung angeordnet werden kann. Es wurde daher in Gemäßheit hofgerichtlicher Verfügung eine neue Abschätzung

vorgenommen und hiernach betrug denn auch die Ablösungssumme 28,856 fl. 48 kr.

Der Sachwalter der Pfarrei Opfingen verlangte, daß der Staatszuschuß mit einem Fünftel aus der zuletzt angegebenen Summe bestimmt werden sollte. Der Gerichtshof nahm jedoch den Betrag von 28000 fl. als maßgebend an, und änderte die amtlichen Erkenntnisse dahin ab, daß der Staatsbeitrag auf 5600 fl. festgesetzt werde. In den Entscheidungsgründen zu dem deßfallsigen Urtheile ist nach Anführung der oben erwähnten thatsächlichen Verhältnisse gesagt: Es ist nur der Betrag von 28000 fl., auch in Ansehung des Staatszuschusses, als maßgebend anzunehmen, da zwischen der Pfarrei und den Zehntpflichtigen über die Ablösung ein rechtsgültiger Vertrag besteht, wornach die Ablösungssumme 28000 fl. beträgt und da nach §. 12 des Zehntablösungsgesetzes nur zur Beförderung der Zehntablösung die Staatskasse ein Fünftel des Ablösungskapitals übernimmt, also dieselbe bloß von dem zwischen der Berechtigten und den Pflichtigen festgesetzten Kapital ein Fünftel zu entrichten hat, insoferne nicht in Folge der Abschätzung eine geringere Summe bestimmt wird.

Von der angegebenen Ablösungssumme mit 28000 fl. kann wegen angeblicher Zehntgült kein Abzug gemacht werden. Denn zwischen der berechtigten Pfarrei und den Zehntpflichtigen herrscht über das Bezugsrecht des Zehntens und dessen Umfang kein Streit, es ist daher der Großherzogliche Fiskus nicht befugt, gegen das Zehntrecht selbst Einwendungen zu erheben, da, wie sich aus der Bestimmung in §. 55 und 65 des Zehntablösungsgesetzes ergibt, der Finanzbehörde kein weiteres Recht zusteht, als sich über das Gutachten der Sachverständigen, d. h. die Abschätzung zu erklären.

Abgesehen übrigens davon, so geht aus §. 15 Abs. 4 des Zehntablösungsgesetzes hervor, daß, wenn auch statt des Naturalzehntens ein ständiges Aversum oder ein Surrogat entrichtet wird, solches bei der Ablösung in Anrechnung kommt, also nicht von der Ablösungssumme abgezogen werden darf. Darnach beträgt hier der Staatszuschuß in Gemäßheit des §. 12 des Zehntablösungsgesetzes 5600 fl.

Haager.

D.

1) Alle in gerichtlichen Zehntablösungssachen ergehenden Urtheile, welche den Domänenfiskus wegen Ablösung von Domanialzehnten oder den Staatsschatz wegen des Staatsbeitrages zur Zehntablösung berühren, und welche nach §. 65 des Zehntablösungsgesetzes den Parteien oder der Finanzbehörde zugestellt werden müssen, sind der Großherzoglichen Hofdomänenkammer-Zehntsektion zu behändigen.

2) Die Vorschriften in §. 1201 ff. der Proceßordnung finden auf Rechtsstreitigkeiten in Zehntsachen keine Anwendung (vgl. Oberhofg. Jahrb. neue Folge VIII. S. 433), es ist daher eine Verfallenerklärung wirkungslos.

3) Unter den in §. 28 des Zehntablösungsgesetzes genannten Rechnungen sind nur die des Zehntherrn und nicht die Rechnungen oder sonstigen urkundlichen Nachweisungen eines Dritten, z. B. eines Pächters, zu verstehen.

4) Die durch den Naturalienhandel oder Speculation erlangten höheren Preise dürfen bei der Zehntablösung nicht in Anrechnung gebracht werden.

5) Die in §. 31 des Zehntablösungsgesetzes aufgezählten Fälle, in welchen eine Berichtigung des Zehntertrages durch Schätzung eintreten soll, sind nur beispielsweise angeführt, es muß somit auch in analogen Fällen der Zehntertrag durch Schätzung berichtiget werden, insofern nämlich überhaupt erwiesenermaßen Umstände obgewaltet haben, wornach der Zehntertrag als zu hoch oder als zu nieder angesehen werden kann.

6) Als solche Fälle, in welchen eine Berichtigung des Zehntertrages durch Schätzung einzutreten hat, erscheinen jedoch die Umstände nicht, daß bei den Verpachtungen des Zehnten eine unrichtige Annahme des Zehntertrags stattgefun-

den habe, daß der von dem Zehntpächter bezogene Ertrag sich höher belaufe als die Zehnteinnahme des Zehntherrn, daß die Zehntpflichtigen bei den Vergleichsunterhandlungen sich zur Zahlung einer größeren Ablösungssumme bereit erklärt haben, als die ist, welche sich aus den Rechnungsnachweisungen ergibt, daß auch das Steuerkapital mehr betrug, als der urkundlich nachgewiesene Zehntertrag und daß bei einer außergerichtlich vorgenommenen Abschätzung gleichfalls ein höherer Ertrag ermittelt worden sei.

In Sachen der Stadtgemeinde Staufen gegen den Großherzogl. Domänenfiskus, Festsetzung des Zehntablösungskapitals betreffend, wurde von dem Bezirksamt das Ablösungskapital des dem Fiskus auf der Gemarkung Staufen zustehenden großen, kleinen und Wein-Zehntens auf die Summe von 28,984 fl. 38 kr. festgesetzt. Auf die hiegegen ergriffene Appellation bestätigte das Hofgericht des Oberrheinkreises durch Urtheil vom 16. Septbr. d. J. das unterrichterliche Erkenntniß.

Entscheidungsgründe.

Die Rechtzeitigkeit der gegen den unterrichterlichen Bescheid ergriffenen Appellation kann keinem Zweifel unterliegen. Zwar wurde dem Vorstand der Großherzoglichen Domänenverwaltung Staufen dieser Bescheid am 8. Juli v. J. verkündet und zugleich eine Urtheilsausfertigung zugestellt, während die Appellationsbeschwerdeschrift erst am 22. September v. J. einkam. Allein in der landesherrlichen Verordnung vom 3. Juni 1844 (Rgsbltt. Nr. 13) ist ausdrücklich festgesetzt, daß der Hofdomänenkammer-Zehntsektion alle in gerichtlichen Zehntablösungssachen ergehenden Urtheile zuzustellen sind, welche den Domänenfiskus wegen Ablösung von Domanialzehnten oder den Staatsschatz wegen des Staatsbeitrags zur Zehntablösung berühren und welche nach §. 65 des Zehntablösungsgesetzes den Parteien oder der Finanzbehörde zugestellt werden müssen. Es kann somit jener an den Vorstand der Großherzoglichen Domänenverwaltung geschehenen Eröffnung des Urtheils keine rechtliche Wirkung in Bezug auf den Anfang der Nothfristen zugestanden werden. Der Zulässigkeit der Appellation steht auch der Umstand nicht im Wege, daß die amtliche Verfallenerklärung vom 18. Aug. v. J. der Großherzogl. Hofdomänenkammer, resp. dem Registrator derselben am 26. desselben Monats zugestellt, die Beschwerdeschrift aber innerhalb der in §. 1205 und 1206 der Proceßordnung festgesetzten Frist nicht eingereicht und um Wiederherstellung nicht gebeten wurde. Denn die Vorschriften in §. 1201 ff. finden auf Rechtsstreitigkeiten in Zehntsachen keine Anwendung, sondern es sind hier lediglich die Bestimmungen des Zehntablösungsgesetzes maßgebend und hiernach, und zwar nach §. 66 steht den Betheiligten, die mit dem Urtheile nicht zufrieden sind, die Berufung an das Obergericht binnen vier Wochen offen, und ist nach Umlauf dieser Frist das Rechtsmittel der Appellation kraft Gesetzes verfallen, ohne daß es einer Deserterklärung bedarf. Es erscheint somit eine Verfallenerklärung in Zehntablösungssachen als ein juristisches Unding, welches schlechterdings keine Wirkung hervorbringt, da eine Wiederherstellungsfrist hiegegen nicht lauft, eine Verfallenerklärung also auch nicht rechtskräftig wird (§. 389 der Proceßordnung). In vorliegendem Falle kann der ergangenen Verfallenerklärung nur so viel Bedeutung eingeräumt werden, daß dadurch die Großherzogl. Hofdomänenkammer von der Erlassung eines Urtheils Kenntniß erhielt. Eine solche Kenntnißnahme genügt aber zum Laufe der Nothfristen nicht, sondern es ist hiezu nach §§. 1190, 1195 der Proceßordnung, Art. 2 der Proceßnovelle nothwendig, daß das Urtheil mündlich verkündet oder in einer mit den Erfordernissen des §. 381 versehenen Ausfertigung schriftlich behändiget worden sei. Die schriftliche Behändigung einer Urtheilsausfertigung an Großherzogl. Hofdomänenkammer erfolgte aber erst am 1. Okt. v. J., also zu einer Zeit, wo die Appellationsbeschwerdeschrift schon eingereicht war.

Die gegen die Zulässigkeit der Appellation erhobene Einwendung ist somit grundlos.

Dagegen erscheint aber die Appellationsbeschwerde in materieller Beziehung nicht gegründet.

Die Beschwerde besteht nämlich darin:

1) daß bloß der durch die fiskalischen Rechnungen und Pachtprotokolle nachgewiesene Zehntertrag des Domänenärars und nicht vielmehr jener Ertrag, welcher nach Ausweis der städtischen Rechnungen sich ergibt, als der wirkliche Zehntwerth angenommen,

2) oder daß nicht der Zehntwerth durch eine Abschätzung ermittelt worden sei.

Zu 1. Das Zehntablösungsgesetz spricht in §. 28 bestimmt und fest den Grundsatz aus, daß der Zehntrohertrag, so weit über die wirkliche Zehnteinnahme der Normaljahre Rechnungen, Pachtkontrakte oder sonstige urkundliche Nachweisungen vorliegen, aus diesen entnommen werden solle. Daß unter diesen Rechnungen und Nachweisungen nur die des Zehntberechtigten und nicht die eines Dritten, z. B. eines Pächters des Zehntens zu verstehen sind, ergibt sich klar aus der Bestimmung der §§. 60 und 61, da hiernach der Zehntberechtigte zur Fertigung seiner Berechnung nach Maßgabe der über den Ertrag des Zehntens in den Durchschnittsjahren vorhandenen Rechnungen, Pachtkontrakte oder sonstigen Dokumente aufgefordert werden muß. Hiefür spricht auch das allgemeine Princip des Zehntablösungsgesetzes in §. 28, wornach bei der Zehntablösung nur die von dem Berechtigten wirklich bezogene Zehnteinnahme maßgebend ist und somit nicht die etwaige Mehreinnahme eines Dritten, nämlich des Pächters, berücksichtiget werden darf. Denn, wenn die Gemeinde den Zehnten gepachtet hat, so erscheint sie in Beziehung auf das Zehntrechtsverhältniß zwischen dem Berechtigten und Pflichtigen als eine dritte Person, da von ihr der Zehnten nicht in der Eigenschaft als Zehntpflichtiger gepachtet wurde, so wie er auch von einem Anderen gepachtet werden konnte. Jeder Pächter sucht auch aus dem Pacht einen Gewinn zu ziehen und pflegt nicht selten mit den Früchten Handel zu treiben. Nun aber besagen die von der Großherzogl. Staatsregierung der Kammer vorgelegten Motive zu §. 29—33 des Gesetzentwurfs ausdrücklich: „dem Zehntberechtigten sollen jedoch keine Speculationspreise, keine Werthe vergütet werden, die er mit den weiteren Kosten für Speicher und Keller, Speicher- und Keller-Officianten nicht in seiner Eigenschaft als Zehntbezieher, sondern in seiner Eigenschaft als Frucht- und Weinhändler erlangt hat," sodann zu §. 34 des Entwurfs: „für Speicher und Keller, Speicher- und Kellerbediente darf ebensowenig etwas in Abzug kommen, als die durch den Naturalienhandel erlangten höheren Preise bei der Zehnteinnahme in Betracht gezogen werden." Abgesehen übrigens davon, so hat der Fiskus ein förmliches Editionsgesuch nicht erhoben und namentlich nicht die Gründe angegeben, aus welchen die rechtliche Verpflichtung zur Herausgabe oder Vorlage der städtischen Rechnungen abgeleitet wird. §. 783 ff. der Proceßordn. Es kann somit eine Festsetzung des Zehntablösungskapitals nach Maßgabe der Rechnungen der Gemeinde Staufen nicht eintreten.

Zu 2. Nach §. 29 des Zehntablösungsgesetzes ist nur, wenn es an urkundlichen Nachweisungen über die wirkliche Zehnteinnahme mangelt, der Zehntrohertrag durch Schätzung zu bestimmen. Und in Gemäßheit des §. 30 soll der Zehntertrag durch Schätzung berichtiget werden, im Falle derselbe nach Urkunden zwar bekannt ist, aber dabei erwiesenermaßen Umstände obgewaltet haben, nach welchen der Zehntertrag als zu hoch oder zu nieder angesehen werden kann.

In §. 31 sind alsdann die Fälle aufgezählt, in welchen eine solche Berichtigung namentlich eintreten soll. Der Fiskus hat aber keinen der daselbst aufgeführten Gründe behauptet noch weniger einen solchen bewiesen. Nur ein Fall wird geltend gemacht, der sich theilweise unter den Absatz 1 des §. 31 subsumiren läßt. In der fiskalischen Erklärung vom 5. Mai 1845 ist nämlich gesagt, daß entweder das Zehntareal in der Durchschnittsperiode geringer angenommen worden sei, als solches in Wirklichkeit gewesen oder aber das Areal in den Normaljahren wirklich geringer gewesen sei, als es sich nach dem neuesten Stand herausstelle. Daß die letzte Alternative vorhanden sei, ist nicht nachgewiesen, und es ist nicht einmal behauptet, daß die Zehntflur im Laufe der Durchschnittsperiode um wenigstens ein Zwanzigtheil zugenommen habe, ohne daß die betreffende Urkunde Dies beachten konnte, welches letztere Erforderniß der §. 31, Abs. 1 ausdrücklich verlangt. Es wird auch in dieser Instanz nur noch auf die erste Alternative, nämlich darauf sich gestützt, daß das zehntbare Areal, insbesondere was den Weinzehnten betrifft, weit größer sei, als solches in den Verpachtungen angenommen worden. Ein solcher Fall ist in §. 31 nicht aufgeführt. Diese Gesetzesstelle spricht jedoch nicht exclusive, sondern bloß exemplifikative, so daß auch in analogen Fällen eine Berichtigung durch Schätzung eintreten muß, insofern nämlich überhaupt erwiesenermaßen Umstände obgewaltet haben, nach welchen der Zehntertrag als zu hoch oder zu nieder angesehen werden kann. Als ein solcher Umstand erscheint aber die willkürliche Annahme der Zehntflur allein nicht, sondern es ist jedenfalls nothwendig, daß bei der unrichtigen Annahme der Zehntflur ein nicht entschuldbarer Irrthum oder eine

Gefährde obgewaltet habe, wie sich dieß aus der Analogie des §. 31, Abs. 1 und 2 klar ergibt. In der fiskalischen Erklärung vom 5. Mai 1845 wird nun angedeutet, aber nicht näher begründet, daß bei den Verpachtungen ein Versehen von Seite der Administration unterlaufen sei. Es ist daselbst nur gesagt, daß vor den Verpachtungen das mit den betreffenden Fruchtgattungen angeblümte Areal durch den Gemeinderath aufgenommen und diese Aufnahme den Verpachtungen zu Grund gelegt worden sei. Dieses ist aber von der Gemeinde in Widerspruch gezogen und wurde von dem Fiskus nicht bewiesen, der auch nicht behauptet, daß sich der Gemeinderath habe eine Gefährde zu Schulden kommen lassen. Ferner wird daselbst angegeben, daß erst im Jahr 1827 eine Zehntrenovation vorgenommen worden sei. Es ist jedoch nicht behauptet, daß dem Fiskus vorher keine Mittel zu Gebot gestanden seien, sich von dem wirklichen Bestand des Zehntareals Kenntniß zu verschaffen; es ist dieß auch nicht denkbar, da der Fiskus vor jeder Verpachtung durch Begehung der Zehntflur und durch Abschätzung sich hievon hätte überzeugen können, und immerhin hätte dann den nach dem Jahr 1827 geschehenen Verpachtungen die Zehntrenovation von jenem Jahre zu Grund gelegt werden können. Ist dieses nicht geschehen, so trägt der Fiskus an dem etwaigen Verluste selbst Schuld. Es ist somit nicht dargethan, daß eine unrichtige Annahme des Zehntareals stattgefunden habe, ohne daß die betreffende Urkunde dieß beachten konnte oder daß hiebei eine Gefährde unterlaufen sei.

Darnach fragt es sich nur noch, ob nicht erwiesenermaßen andere Umstände obgewaltet haben, nach welchen der durch die fiskalischen Rechnungen und Pachtverträge nachgewiesene Zehntertrag als zu nieder angesehen werden kann? Als ein solcher Umstand wird von dem Fiskus angeführt, daß die Gemeinde Staufen, welche den Zehnten während der Durchschnittsperiode 12, resp. 10 und 9 Jahre gepachtet, einen höheren Ertrag daraus gezogen habe, als in die Domänenkasse geflossen sei und wird dieser Mehrertrag durchschnittlich auf 48 Procent behauptet. Die Gemeinde stellt dieses in Abrede und wendet überdieß ein, daß die etwaige Mehreinnahme von der kostenfreien Verwaltung und der Spekulation herrühre, welche die Gemeinde mit den Zehntroherträgen unternommen habe, indem sie solche nicht in den Zeiten verkauft, deren Preise nach §. 32 des Zehntablösungsgesetzes der Zehntberechnung zu Grund zu legen sind, sondern damit förmlichen Handel getrieben habe, und mithin zum großen Theil als Unternehmer eines Handelsgeschäfts und nicht bloß als Unternehmer des Zehnteinzuges die höhere Einnahme bezogen habe. Mithin fällt dieser Umstand mit dem oben zu Nr. 1 erledigten Punkte zusammen, wornach die Rechnungen des Pächters und der von demselben erhobene Zehntertrag bei der Zehntablösung nicht maßgebend sind und die durch den Naturalienhandel erlangten höheren Preise bei der Zehnteinnahme nicht in Betracht gezogen werden dürfen. Ferner wird geltend gemacht, daß die Gemeinde bei den Vergleichsunterhandlungen sich zur Zahlung einer größeren Ablösungssumme bereit erklärt habe, als die sei, welche sich aus den Rechnungsnachweisungen ergebe. Allein diese Erklärungen sind für die Gemeinde jetzt nicht mehr bindend, nachdem ein Vergleich nicht zu Stande kam, da jene Erklärungen offenbar nur zu dem Zwecke und in der Absicht gegeben wurden, um eine gütliche Uebereinkunft herbeizuführen, dadurch aber keine Anerkenntnisse und Geständnisse abgelegt werden wollten, aus welchen der Fiskus Rechte ableiten könnte.

Wenn sodann der Fiskus anführt, daß selbst das Zehntsteuerkapital sich höher belaufe, als der durch die fiskalischen Rechnungen und Pachtkontrakte nachgewiesene Zehntertrag, und daß auch bei einer im Jahr 1841 vorgenommenen Abschätzung ein höherer Ertrag ermittelt worden sei, so vermag damit der Antrag auf Berichtigung durch Schätzung keineswegs begründet zu werden. Denn dieses sind ebensowenig als jene Vergleichsanerbietungen besondere Umstände von der in §. 30 bezeichneten Art. Zudem bildet das Steuerkapital keinen zuverlässigen Maßstab für die wirkliche Zehnteinnahme, die aus den Durchschnittspreisen der Normaljahre ermittelt werden muß. Und was die außergerichtliche Schätzung anbelangt, so ist eine solche schon an und für sich ohne rechtliche Wirkung und Bedeutung und kann nicht zur Entkräftung der urkundlichen Nachweisungen dienen, sondern hiezu ist eine gerichtliche Abschätzung nothwendig. Um aber eine solche vornehmen zu können, müssen die Voraussetzungen der §§. 29—31 vorhanden sein, was jedoch, wie schon gezeigt, hier nicht der Fall ist.

Aus diesen Gründen und in Erwägung, daß nach der von dem Fiskus selbst vorgelegten und beider Seits an-

erkannten Berechnung das Zehntablösungskapital auf die von dem Unterrichter festgesetzte Summe von 28,984 fl. 38 kr. sich herausstellt, mußte das amtliche Urtheil bestätiget und der Fiskus nach §. 169 der Proceßordnung auch in die Kosten dieser Instanz verfällt werden. Haager.

II.

Oberhofgericht.

Zur Gültigkeit einer Vermögensübergabe genügt es, wenn der Vertrag zur Kenntniß der Rechtspolizeibehörde gebracht worden ist.

Jahrbücher, n. F. IX. 56.
Annalen, XIV. 217.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe zu dem unterm 18. September 1847 in der Sache „Wetzel gegen Hauser" gefällten Urtheile lauten dahin:

„Der §. 11 des Gesetzes über Vermögensübergaben spricht mit klaren Worten aus, daß zur Rechtsgültigkeit eines solchen Vertrags die obrigkeitliche Bestätigung nicht unumgänglich nothwendig sei, daß es vielmehr genüge, wenn der Vertrag der Rechtspolizeibehörde vorgelegt worden ist, damit diese sich in dem Stande befindet, zu thun, was ihres Amtes ist. Hiernach ist die Nichtigkeit keineswegs an die Unthätigkeit der Polizeibehörden, sondern nach dem Sinn und Geist des Gesetzes daran geknüpft, daß die Parteien für sich allein und ohne Kenntniß der Rechtspolizeibehörden derartige Verträge abschliessen, was gerade durch die Androhung der Nichtigkeit verhütet werden soll, wenn die Parteien ihrer Seits gethan haben, was man ihnen billig zumuthen kann, um die Rechtspolizeibehörden in Kenntniß und Thätigkeit zu setzen, damit dort, wo den öffentlichen Behörden selbst eine Nachlässigkeit zur Last fällt, nicht die Parteien darunter leiden. —

Im vorliegenden Falle ist nun allerdings die Vermögensübergabe nicht dem Bezirksamte zur Genehmigung vorgelegt worden; allein es ist von Seiten der Interessenten dennoch zu diesem Zwecke geschehen, was ihnen sowohl nach dem Geiste des Gesetzes, als auch nach Billigkeit zugemuthet werden kann, um den gesetzlichen Nachtheil der Nichtigkeit von sich abzuwenden.

Es wurde nämlich schon das Vorhaben des Vertrags dem Amtsrevisorate angezeigt, der Vertrag selbst von einem Staatsschreiber aufgenommen, amtlich aufgestellte Schätzer beigezogen und sodann die Vertragsurkunde dem Amtsrevisorat zur Prüfung übergeben, welches auch eine Durchsicht vorgenommen hat, wie sich dieses aus den Akten ergibt. Es war hiernach Pflicht des Amtsrevisorats, nach Beendigung der ihm obliegenden Prüfung den Vertrag dem Bezirksamte zur Anordnung des Weiteren zu übergeben, und die Interessenten konnten mit Recht voraussetzen, daß dieses auch geschehen werde, nachdem sie ihrerseits wenigstens derjenigen Polizeibehörde, welche die Sache am nächsten berührte und welche bei einer unmittelbar an das Amt gerichteten Genehmigungsbitte ohnedies zur Vorlage des Vertrags und zum Berichte wäre aufgefordert worden, Kenntniß von dem Vertrage gegeben und dadurch deutlich an den Tag gelegt hatten, daß es ihre Absicht nicht sei, privatim und ohne Intercession der öffentlichen Behörde den Vertrag abzuschließen, daß sie vielmehr diesen hinlängliche Gelegenheit geben wollten, das öffentliche Interesse zu wahren."

Anmerkung. Nach diesem Präjudiz dürfte die bei der Berathung in Anregung gebrachte Frage, ob überhaupt die vorlandrechtliche Vorschrift der Nachsuchung des obrigkeitlichen Gutheißens einer Vermögensübergabe noch in Wirksamkeit bestehe? als müssig betrachtet werden, denn, da ein derartiges Rechtsgeschäft nach Landrechtsatz 1100 a. b. an die Form der Schenkungen gebunden ist, so kann dasselbe bei unserer Einrichtung der Kenntniß des Amtsrevisorats nicht wohl entgehen. Macht dann diese Behörde, obgleich von dem Vertrage unterrichtet, keine Vorlage an das Bezirksamt, so geht diese Ommission auf ihre Verantwortung, ohne daß die Kontrahenten darunter leiden dürfen. Dessen ungeachtet trug der Gerichtshof (II. Sen.) noch Bedenken, jene Vorschrift geradezu für obsolet oder aufgehoben zu erklären, weil eben der Absatz XVIII. des ersten Einführungsedikts zum Landrecht verordne: daß jene Partikulargesetze, deren Verfügung im Wesentlichen ins Landrecht übertragen ist, fernerhin, wo sie nicht buchstäblich geändert sind, in bürgerlicher Hinsicht und noch mehr in Absicht ihrer weiteren rechtspolizeilichen Fürsorge bei Kräften bleiben rc.

D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe, den 13. November 1847.

I.

Wenn der Unterrichter am Schlusse des ersten Verfahrens über mehrere in derselben Klage geltend gemachten Forderungen, die zusammen wenigstens 50 fl. betragen, in der Art erkennt, daß er einen Theil dieser Forderungen abweist oder zuerkennt, und die anderen zum Beweise aussetzt — kann in diesem Falle die unterlegene Partei verlangen, daß die Einführung der Appellation wegen der abgewiesenen resp. zuerkannten Forderungen, die keine 50 fl. betragen, auch ohne Einwilligung des Gegentheils, so lange ausgesetzt bleibt, bis über die anderen Forderungen das Endurtheil gegeben ist?

Proceßordnung §§. 371, 372, 1174 Nr. 4 und 5.

Meines Wissens ist diese Frage in diesen Blättern noch nicht besprochen worden und dürfte deshalb, da sie von praktischem Interesse ist und nicht außer Zweifel steht, eine Erörterung verdienen.

Der §. 371 der Proceßordnung schreibt vor, daß wenn in derselben Klage mehrere Ansprüche erhoben sind, am Schlusse des ersten Verfahrens über die spruchreifen ein Enderkenntniß und über die anderen ein Beweiserkenntniß zu erlassen ist.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß die Partei, welcher das Enderkenntniß mehr als 50 fl. ab- oder zuspricht, und sie sich dadurch beschwert erachtet, in der gesetzlichen Frist die Berufung dagegen ausführen muß, weil ihr bei dem Vorhandensein der Appellationssumme die rechtliche Möglichkeit dazu gegeben ist, und daß sie mithin ohne Einwilligung der Gegenpartei nicht verlangen kann, daß die Einführung der Appellation bis zur Erledigung der übrigen Streitpunkte ausgesetzt bleibe.

Proceßordnung §. 372.

Wie aber, wenn die ab- oder zuerkannte Forderung keine 50 fl. beträgt, dagegen die noch nicht entschiedenen Ansprüche, mit der ab- oder zugewiesenen Forderung zusammengerechnet, 50 fl. oder mehr ausmachen? Man nehme den Fall: es werden in derselben Klage drei Forderungen geltend gemacht, jede im Betrage von 49 fl.; am Schlusse des ersten Verfahrens weist nun der Richter die eine Forderung ab und die beiden anderen setzt er zum Beweise aus. Hinsichtlich der abgewiesenen Forderung könnte nun der Kläger wegen Mangel der Appellationssumme keine Berufung ergreifen und ebenso wenig könnte er dies, wenn er nach Ablauf der Appellationsfrist abermals mit einer weiteren Forderung von 49 fl. abgewiesen würde, während, wenn der Richter gleichzeitig beide Forderungen abgewiesen hätte, die Appellation wegen beider Forderungen zulässig gewesen wäre.

Es fragt sich deshalb, ob in einem solchen Falle die Einführung der Berufung in so lange ausgesetzt bleiben darf, bis über alle Klaganspruche definitiv erkannt ist, und es sich alsdann zeigt, ob das Aberkannte den Werth der Appellationssumme erreicht.

Ich glaube allerdings. Für meine Ansicht spricht zwar kein ausdrückliches Gesetz, wohl aber die Natur der Sache und eine nothwendige Folgerung aus anderen Proceßnormen.

Unbestreitbar ist nämlich, daß die Appellation zulässig ist, wenn auch nur mehrere verschiedene Ansprüche zusammen, welche ab- oder zuerkannt werden, den Werth der Appellationssumme erreichen; eine Zusammenrechnung des Werthes aller Ansprüche zur Berechnung der Appellationssumme findet sogar bei Streitgenossen statt.

Proceßordnung §. 1174 Nr. 4 und 5.

Es wäre deshalb kein rechtlicher Grund denkbar, aus welchem die Appellation in dem Falle abgeschnitten sein sollte, wo der Richter nicht gleichzeitig, sondern nur nach und nach über alle die Ansprüche entscheidet, von welchen zwar keiner für sich allein, wohl aber alle zusammen den Werth von 50 fl. haben.

Gerade weil das Gesetz in dieser Beziehung keine Unterscheidung macht, darf auch nicht zwischen dem einen und dem anderen Falle in Betreff der Zulässigkeit der Appellation unterschieden werden. *)

Ganz in der Macht des Richters stünde es aber auch, in solchen Fällen die Appellation gegen seine Erkenntnisse dadurch abzuschneiden, daß er über einzelne, die Appellationssumme nicht erreichende Ansprüche, definitiv entscheidet, die anderen zum Beweise aussetzt, sein Beweiserkenntniß auch wieder einmal aufhebt, ein neues erläßt und dabei abermals eine ihm spruchreif scheinende Forderung von weniger als 50 fl. abweist oder zuerkennt ꝛc.

Eine Nichtaussetzung der Appellationseinführung würde demnach zu Willkürlichkeiten und Ungerechtigkeiten führen; es würde aber auch zur Vermehrung der Proceßverhandlungen und Verzögerung der Processe beitragen, indem die Parteien ihre Proceßführung möglichst so einzurichten suchen würden, daß gleichzeitig über alle Ansprüche zu entscheiden wäre. Die unterlegene Partei wird nun zwar in dem aufgestellten Falle die Appellation anzumelden haben, um zu zeigen, daß sie mit dem erlassenen Erkenntnisse nicht zufrieden ist, die Einführung derselben wird ihr aber bis zur Entscheidung der übrigen Streitpunkte erlassen werden müssen.

Was von der Einführung der Appellation gesagt ist, gilt natürlich auch bei der Oberappellation.

Weber. **)

*) Ein wesentlicher Unterschied könnte doch darin gefunden werden, daß der §. 1174 — dessen Bestimmungen unter Nr. 4 u. 5 natürliche Consequenzen aus den §§. 93. 250 u. 251 sind — nur ein einziges Erkenntniß unterstellt, während unsere Frage mehrere Urtheile vor Augen hat, welche nach und nach ergehen und den allgemeinen Regeln der §§. 1172 u. 73 in so fern unterliegen, als sie durch keine gesetzliche Bestimmung davon ausgenommen sind. Es wird also jedes dieser successiven Urtheile für sich appellabel sein müssen, wenn die fürsorgliche Appellationsanzeige einen Zweck haben soll, da die Anmeldung eines unstatthaften Rechtsmittels, wie sich von selbst versteht, keine rechtliche Wirkung äußern kann. D. R.

**) Advokat in Heidelberg.

II.

Hexen-Processe.

(Aus dem hofgerichtlichen Archive in Rastatt.)

1. (1572)

Zu wissen und kund gethan sei allermänniglich, daß Catharine Wahlerin von Holzhausen um Verleumdung, auch getriebenen Hexenwerks willen in eines ehrsamen Raths der Stadt Gengenbach Straf- und Gefängniß kommen, darinen sie sich auf beschehene Frag nachfolgender Sachen und Uebelthaten frei öffentlich bekannt hat.

1) Daß sie sich auf Anmuthung des bösen Geists und Feinds, ihrer angenommenen Buhlschaft den sie den obersten unter den Teufeln nennt, Gottes Allmächtigen, seiner würdigen Mutter Maria, der Heiligen Gottes und alles himmlische Heer verläugnet und sich ihrer Buhlschaft, dem Satan ergeben und versprochen, alle Zeit in seinem Dienst und Willen zu sein und zu leben.

Der allmächtig ewig gütig barmherzige Gott und himmlische Vater wolle uns arme Sünder jeder Zeit vor diesen und dergleichen schweren großen Hauptlastern, Sünden und Verzweiflungen dardurch seine göttliche Majestät auch seine würdige Mutter Maria und alle auserwählte Gottes-Heiligen beleidigt werden, gnädiglich und väterlich bewahren und behüten, Amen.

Ferner bekennt sie: Als der böse Feind erstlich zu ihr kommen sei zu Holzhausen, da sie gewohnt, er hab einen schwarzen Rock und ein schwarzer hoher Hut angehabt und ihr damalen an der Stirnen etwas hinweggewischt und folgends darauf mit ihm zu thun gehabt.

Mehr bekennt sie; Als sie sammt ihrem Mann in dieses Land hereingezogen, sei der böse Feind etlich Malen auf dem Weeg und in den Herbergen, da sie über Nacht gewesen, zu ihr kommen, mit dem sie allweg zu thun gehabt.

Weiters hat sie bekannt: daß sie das Kind, so allhie im Spital liegt, verderbt, und hab' ihm in des Teufels Namen ein Griff an den Fuß geben. — Darneben sie auch anzeigt, wenn sie nicht gefangen wäre gewesen, wollt sie ihm wohl wieder geholfen haben. Aber sie hätt's einem Andern, es wäre gleich arm oder reich gewesen, anhängen müssen.

Dieweil dann dieß jetzt erzählte erschreckenlich und grau-

sammt begangene und vollbrachte Mißhandlung an der Verzweiflung Gottes, unsers Heilands, Schöpfers und Erlösers und seiner würdigen Mutter Maria und aller Gottes-Heiligen und dann Verletzung des Menschen, wie sie dann dessen etlichmal bekanntlich und beständig gewesen, durch sie beschehen, nicht allein den Geboten Gottes und aller heiligen Geschrift, sondern auch den natürlichen, geistlichen und weltlichen Rechten zuwider und entgegen, — so ist derentwegen und darüber von einem ehrsamen Rath dieser Stadt Gengenbach mit einhelliger Urthel zu Recht erkannt und gesprochen: daß sie dem Nachrichter an die Hand geliefert und gegeben, der soll sie an gewöhnlicher Richtstatt richten mit dem Feuer vom Leben zum Tode damit Solches Andern zu einem Exempel und Besserung ihres sündlichen Lebens für gestellt und eingebildet werde.

2.

Nach einer gleichen Protocoll-Einleitung, wie bei I. bekennt

Veronica, Hans Sauren des Kiefers zu Bruckenhäuser ehliche Hausfrau:

Erstlich daß ihr Buhle heiße Grienlin, sei vor 10 Jahren zu ihr kommen, ihr zugemuthet, sie solle Gott den Allmächtigen ꝛc. verläugnen und seines Willens pflegen, so wölle er ihr genug geben; welches sein Begehren dann beachtet und mit ihm zu schaffen gehabt.

Zum Andern sei sie und ihre Gespielen auf eine Zeit mit einander in das Elsaß gefahre und guten Wein getrunken.

Zum 3. seien sie auch mit einander in der Wolfslache und auf dem Katzenbühl gewesen, getanzt und fröhlich gewesen; sei damals ein Sackpfeifer ihr Spielmann gesein; und haben desselben Mals einen Reifen über die Bluest (Blüte) gemacht.

Zum 4. habe sie vor Jahren Michel, ihren vorigen Ehemann von einem Baum herabgeworfen, der dessen sterben müssen.

Zum 5. habe sie dem Armbruster in dem Pfaffenbach eine Kuh umgebracht.

Zum 6. habe sie und ihre Gespielen der Gruberin Tochter, so eines Kindes schwanger gegangen, das Kind aus dem Leib gerissen und dasselbige im Mist vergraben.

Zum 7. habe sie dem gewesenen Schultheißen allhie eine Kuh umgebracht. *)

Zum 9. habe sie Martin den Kiefer im Kloster allhie getödtet.

Zum 10. habe sie und ihre Gespielen Herrn Samuel Schonstein, dem Städtmeister, als er in der Schüzin Haus gezehrt, Gift zu essen gegeben, daß er davon sterben müssen.

Zum 11. habe sie ihre drei eigene Kinder getödtet.

Margarethe, Burschins Bastians Hausfrau in dem obern Dorf:

1) hat sie ausdrücklich bekennt, daß ihr Buhle heiße Volland; sie hab auf sein Begehren Gott den Allmächtigen ꝛc. verläugnet;

2) sei sie und ihre Gespielen dieses Jahr in der Wolfslache gesein und daselbst einen Reifen gemacht;

4) haben sie und ihre Gespiele ferndigen Jahrs das Eckerich und den Herbst verderbt;

5) haben sie auch helfen, Herrn Cornelium Esselsberger, den Pfarrhern allhie seligen, sodann Martin Wenzel Seelgen um das Leben bringen;

7) habe sie vor 10 Jahren auf Geheiß ihres Gespielen Stoffel Metzgers Frau, ihrer Base, einen Griff geben, daß sie davon sterben müssen. Ist dieß die Ursache gewesen, daß ermelte ihre Base über sie zornig worden, daß sie ihren jetzigen Ehemann zur Ehe genommen;

8) habe sie gewilligt, daß ihre Gespiele ihre eigene Kinder verderbt und umgebracht haben;

9) habe sie einem fremden Schul-Büblein im Kloster einen Griff gegeben, daß er dessen sterben müssen; aus Ursache, daß er ihr kein Brod geben wollen;

10) habe ihrer Gespielen Eine ihr etwas geben, so sie des Herrn Abts Schaffener in das Kloster brachte, sei Solches auf einen Sonntag zwischen 3 und 4 Uhr geschehen, welches er gegessen und davon gar ein Arbeitseeliger Mensch worden;

11) habe sie Bartlin Scheerers Wittwe einen Griff in eine Seite gegeben, daß sie lange große Schmerzen davon gehabt und letzlich dessen sterben müssen.

---

*) Die hier und später ausgeschlossenen Nummern betreffen Tödtung von Thieren.

Margarethe, Jörg Müllers Frau im Oberndorf:

1) hatte sie bekannt, daß vor 10 Jahren ungefähr Einer, welcher sich Kräuttlin genannt, zu ihr in einem Walde, unter Hagenau gelegen, kam, sie angesprochen, sie solle seines Willens pflegen, Gott ꝛc. zu verläugnen, so sie dann gethan und seines Willens also gepflegt;

2) habe sie Jakob Krieg, dem Becker, als er in der Kinzig Mühle gelegen und geschlafen an einen Schenkel gegriffen, daß er lange Zeit große Schmerzen davon gehabt;

3) habe sie zu Straßburg einen Kiefer Knecht mit einem Griff angegriffen und denselben an einem Arm gelähmt;

5) habe sie den Willen darein gegeben, daß der böse Feind Jakob Müller, ihren ersten Mann, als er auf der Ill gefahren, aus dem Schiff geworfen, daß er ertrunken;

6) habe sie ihren Buhlen geheißen, daß er ihren andern Ehemann auf dem Roß unter einem Baum umgebracht;

7) habe sie ihr Buhle gar sehr geschlagen, daß sie sehr krank geworden, darum, daß sie Herrn Samuel Schonstein, den Städtmeister nicht umbringen wollen;

8) habe sie im Herbst ihr Buhle dermaaßen übel traktirt, darum, daß sie ihren größten Knaben nicht lähmen wollen;

12) habe sie Jörg Oesterlins Tochter dermaaßen gewürgt, das dieselbe sterben müssen; habe sie, Margarethe, sich damalen in eine Katzengestalt verändert;

13) sei sie mit zwei Gespielen in das Elsaß in einen Keller gefahren;

14) habe ihr Buhle ihr vor 6 oder 8 Jahren zugemuthet, sie solle ihm ein Träublein bringen, der Meinung, die Reben damit zu verderben, welches sie nicht thun wollen, darum hat er sie geschlagen, daß sie vier Wochen krank gelegen.

Brigitte, Bastian Voglers ehel. Hausfrau:

1) hat sie bekennt, daß ihr Buhle heiße Bellzenbock, sei zu ihr kommen und sie angesprochen Gott ꝛc. zu verläugnen, so sie ihm verwilliget und das Hexenwerk nunmehr auf die 15 Jahre lang getrieben;

2) sei sie auch mit ihrer Gesellschaft im Elsaß gesein;

4) haben sie und ihre Gespielen diesen Frühling im Schweippach zwei Reisen gemacht;

6) haben sie und zwei Gespielen Müller Jörgen im Reichenbach verderbt, daß er dessen sterben müssen;

7) habe sie Mathes Müllers Hausmädchen, als sie ihm eine Wäsche gewaschen, einen Wisch Werk in einen Schenkel gestoßen, daß es daran lahm ward;

9) habe ihrer Gespielen Eine Hans Wolflin Haar in einen Schenkel gestaßen, daß man ihm denselben abschneiden müssen;

10) haben sie und ihre Gespielen Friedr. Martins Kind in Strohbach die Augen aus dem Kopfe gezerrt;

11) haben sie und ihre Gespielen Friedr. Diebold erwürgt. Sind in Katzengestalt verwandelt gewesen;

12) habe sie Diebolds Kind die Augen aus dem Kopf gezerrt;

13) haben sie und ihre Gespielen ferndiges Jahr schier alle Katzen in der Stadt umgebracht;

15) habe sie Hans Hagner auf dem Schönberg umgebracht;

16) habe sie und ihrer Gespielen Eine Jakob Bischlern zu Ohlsbach „gewalket", daß er dessen sterben müssen;

Brigitte, Adam Studers ehel. Hausfrau bekannte:

1) sie sei allhie an der Mezig gewesen, sei ihr damals kein Fleisch worden; sei ihrer Gespielen Eine zu ihr gekommen und gesagt: „wenn sie ihr folgen wolle, so wolle sie ihr Fleisch genug geben" — und ihr hiemit einen Mann gegeben, so Federlin sich genannt, welcher ihr zugemuthet, sie solle Gott verläugnen, welches sie dann gethan;

2) sei gleich hernach gemelte Gespiele zu ihr gekommen und zu ihr gesagt, sie wollen mit einander auf die Höhen fahren, so sie dann bewilligt. Da dann ihre Gespiele weiter zu ihr geredet, sie solle im Fahren nichts von Gott sagen, sie werde sonsten dahinte bleiben müssen. Als sie nun dahin sammt andern ihrer Gespielen gekommen, sei ihr Buhle in eines Mannes Gestalt auch kommen, und haben sie daselbst gefressen, gesoffen und getanzt;

3) habe sie und ihrer Gespielen Eine Müller Jörgen im Reichenbach umgebracht;

4) habe sie selbst den Rumann umgebracht;

5) haben ihre Gespielen dieses Jahr die „Bluest" verderbt und wo man dieselben 4 Wochen früher gefangen hätte, wäre es nicht geschehen;

6) haben sie und ihre Gespielen ihrem vorigen Ehe-

mann etwas in die Suppe gethan, daß er dessen sterben müssen.

Brigitte, Martin Braunen Hausfrau in Sondersbach:

1) hat sie bekannt, daß ihr Buhle heiße Gröslin habe ihr zugemuthet, Gott ꝛc. zu verläugnen, welches sie gethan, habe ihr viel Geldes verheißen und geben, als sie es empfangen seien es nur Hafenscherben gewesen;

2) habe sie und ihre Gespielen ihrem Tochtermann Werk in einen Schenkel gestoßen, daß man ihm denselben abschneiden müssen;

3) seie sie mit ihren Gespielen 4 mal in der Wolfslache und 3 mal auf dem Katzenbühl gewesen;

4) haben sie und ihre Gespielen dieses Jahr drei Reisen gemacht;

5) sie und ihrer Gespielen Eine haben Jakob Falkenstein getödtet, sodann einen Ochsen umgebracht, folgends ein Meidlein verderbt, daß dasselbige gestorben;

6) habe sie und ihre Gespielen Jörg Müllern ein Gift in die Suppe gethan, daß er dessen sterben müssen;

8) habe sie Peter Schmalkiemer, ihrem Mann, auch Gift in die Suppe gethan, daß er dessen sterben müssen.

10) seien sie und ihre Gespielen 4 mal in dem Elsaß gewesen und guten Wein getrunken;

11) sie habe Reichel Gruber helfen umbringen;

12) habe sie ihrem eignen Kinde Gift an die Füße gesalbt, daß man ihm dieselben abschneiden müssen;

13) sei ihr Roß ein schwarzer Hund gewesen;

14) habe sie ihren Tochtermann getödtet;

15) haben sie und ihre Gespielen Herman Jörgen in Sondersbach, mit Gunst zu melden, in die Reben geseigt, daß dieselbig davon verdorben;

16) haben sie und ihre Gesellen Hubers Jacob im Heiding mit Zucht zu reden auch in den Haber geseigt, daß derselbig gleicher Gestalt mehrentheils verdorben;

17) habe sie Fall Martin in Reichenbach auf die acht Säue umgebracht, ihm das Eckerich in seinem Walde verderbt, und den Haber in dem Felde abgestreift.

Darauf folgt das Urtheil, wie unter I. und der Beisatz:

Vollzogen Freitags nach Johannis Baptista anno 1573.

3.

Uhrgicht Margarethe Mooshansen Frau aus dem Heidinger, und Agnes Gruber aus Gahrweiler.

Das Urtheil lautet darin, wie oben und es ist beigefügt:

Vollzogen durch den Nachrichter den 12. Tag Sept. anno 1572.

Mooshansens Frau hatte folgende Bekenntnisse abgelegt:

1) daß es sich ungefähr bei 4 Jahren begeben, daß sie in einem Neutbosch Erdbeer gebrochen, da war Jacob Falkensteins Tochter auch dahin kommen und zu ihr gesagt: warum brichst du mir diese Erdbeeren ab. Ich hab sie Einem zu Offenburg versprochen, dem sollt ich sie bringen; so würde ich ihm jetzt nicht liefern können. „Warum gehst du nicht auf die Moos hinüber und brichst daselbst Erdbeeren.“ Und hätten also mit einander gebalgt; als sie von dannen weichen müssen, hätte sie zum Mädlen gesagt: „Du wüster Sack! Es wird dir noch leid werden; du wirsts im Bett fressen müssen.“ In diesem wäre der böse Feind, ihre Buhlschaft, der Kiebele geheißen, zu ihr kommen und zu ihr gesagt, sie sollte mit ihm gehen. Doch hätte sie auf sein Anweisen des Mädlen mit Füßen getreten und mit einem haslen Stecken geschlagen, hernach gemeldter Stecken dem Mädlen in den Schenkel gestoßen und davon gangen;

2) und dann hab sie diese vier Jahre lang mit dem bösen Feind, ihrer Buhlschaft, zu thun gehabt;

3) ihr Tanzplatz, da sie und ihre Gespielen zusammen kamen, sei in den Wäldern und auf den Ebenen und haben einen Sackpfeifer zum Spielmann gehabt;

4) ihr Roß, darauf sie geritten, sei eine Gabel gewesen;

6) sie sei mit ihren Gespielen 6 Mal im Elsaß gewesen;

7) sie sei auch im Keller zu Ortenberg gewesen und den Wein helfen austrinken;

8) sie hab dieses Jahr sammt Andern helfen, zum Theil das Obst, das Eckerig und den Wein verderben;

11) der böse Feind, ihre Buhlschaft sei sechsmal zu ihr ins Bett kommen, und mit ihr zu schaffen gehabt; aber

allweg wenn ihr Mann nicht daheim gewesen, und wenn er gekommen, hat sie vermeint, es sei ihr Mann gewesen, also gleich habe er ihm gesehen, aber nur der böse Feind gewesen.

Bekenntniß der Agnes Gruber:

1) daß es ungefähr auf die 20 Jahre, etwa 8 Tage nach dem sie zur Kirche sei gegangen, hab sie sich dem bösen Feind ergeben und zu einem Buhlen angenommen, der da heißt Allebaß, der hat sie angemuthet, sie soll sich Gott des Allmächtigen verläugnen. Dasselbe hat sie ihm zugesagt und in Solches Alles ihren Willen geben. Da hat er ihr etwas an der Stirne hinweggewischt und sie beschlafen;

2) daß sie hab in ihrer Heimath in Schwaben einem Wagner und sonst einem Mann daselbst zwei Kinder verderbt und getödtet;

3) daß sie und ihre Gespielen viel Hagel und bösere Wetter gemacht haben; sie sei auch wohl mehr, als 30 mal bei den Hexen-Tänz gewesen, seien Ihrer eine ziemlich Anzahl;

4) daß sie und ihre Gespielen einmal oder etlich Tanz gehalten haben bei der Wolflachen und Kazenbühl, daselbst auch etlich böse Wetter gemacht;

5) daß sie auf eine Zeit einmal zum Adamaiher in Pfaffenbach sei kommen auf einer Geis geritten. *)

Kirn.

III.

1) Im bedingten Mandatsproceß findet das Rechtsmittel der Appellation statt gegen:

a. das Liquiderkenntniß (§. 723 der Proceßordnung) in den Fällen des §. 1178 der Proceßordnung und des Artikel 10 der Proceß-Novelle;

b. die Verwerfung des Wiederherstellungsgesuchs gegen dasselbe. Art. 5. der Proceß-Novelle;

c. die Verwerfung der Einsprache gegen die ertheilte Wiederherstellung. vergl. §. 718 der Proceß-Ordnung.

2) Die Wiederherstellungsverfügung, welche von dem Kläger im bedingten Mandatsprocesse dadurch anerkannt wird, daß er mit Aufgeben dieses Verfahrens förmliche Klage erhebt, wird hierdurch rechtskräftig!

Am 14. November 1845 erwirkte Schreinermeister Sch. bei dem Oberamte H. gegen den Silberarbeiter A. einen bedingten Zahlungsbefehl mit Frist von 14 Tagen auf 248 fl. 55 kr. für Möbel und Schreinerarbeit. Die Ausfertigung dieses Zahlungsbefehls wurde dem Silberarbeiter A. am 17. desselben Monats behändigt.

Am 5. Dezember 1845 erwirkte sodann Kläger ein Liquiderkenntniß mit 14 Tagen Frist, welches dem Beklagten am 10. desselben Monats behändigt wurde.

Hiergegen erwirkte dieser aber am 10. Januar 1846 Wiederherstellung, worauf Kläger am 23. desselben Monats sein Forderungsrecht durch Erhebung förmlicher Klage begründete.

Nach eingekommener Einwendungsschrift wurde Kläger zur Replik aufgefordert, statt welcher er jedoch die Erklärung einreichte, er habe entdeckt, daß das Wiederherstellungsgesuch viel zu spät eingekommen und die Wiederherstellung nur aus Versehen ertheilt worden sei, er bitte daher diese zurückzunehmen und für die liquide Forderung Vollstreckung zu erkennen.

Diesem Gesuch entsprach das Oberamt H. durch Erkenntniß vom 12. März 1846.

Hiergegen appellirte der Beklagte, worauf das Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. S.) unterm 24. Februar 1847 jenes Erkenntniß aufhob und das Oberamt H. anwies, in dem eingeleiteten förmlichen Verfahren weiter zu verhandeln und in der Hauptsache zu erkennen.

Dieses Urtheil wurde in folgender Weise begründet:

Durch die Bestimmungen des 34. Titels der Proceß-Ordnung ist das Verfahren geregelt, welches bei einfachen Forderungen an Geld oder andern vertretbaren Sachen, die voraussichtlich unbestritten sind, und nur in

*) Außer diesen Aktenstücken finden sich noch mehrere Aehnliche vor.

Folge der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners die richterliche Hülfe erheischen, eintreten soll.

Dieß Verfahren beschränkt sich daher auf die dem Schuldner zu eröffnende Möglichkeit, die eingeklagte Forderung wirklich streitig zu machen und zwar nach den Grundsätzen unseres Proceßrechtes entweder in der ursprünglich ihm zum Vortrag des Widerspruchs gegebenen Frist oder nach eingetretener und ausgesprochener Versäumniß im Laufe der 14tägigen Wiederherstellungsfrist. Die Wirkung des Widerspruchs in einer oder der andern dieser Fristen besteht in der gänzlichen Aufhebung der Zulässigkeit des bedingten Zahlungsbefehlsprocesses, so daß nunmehr der Kläger sein angesprochenes Recht nur noch im Weg förmlicher Klage weiter verfolgen kann.

Da dieser zu betretende neue Weg proceßualisch in keinerlei Zusammenhang mehr mit dem Verfahren im bedingten Zahlungsbefehlsprocesse steht, so müssen auch alle richterliche Erkenntnisse, wodurch derselbe beendigt wird, als solche betrachtet werden, gegen welche die Berufung eröffnet ist. Diese Berufung ist daher sowohl gegen das Versäumnißerkenntniß des §. 723 der Proceßordnung in den Fällen des §. 1178 der Proceßordnung und Artikel 10 der Proceß-Novelle zweifels ohne zuläßig, als gegen den Beschluß, wodurch die Wiederherstellung verworfen wird, (Artikel 5 der Proceßnovelle, §. 671 der Proceßordnung); sie muß aber eben deshalb auch gegen ein die Wiederherstellung ertheilendes Erkenntniß zuläßig sein und zwar, wenn die Wiederherstellung ohne vorheriges Gehör des Gegners ertheilt wurde, auf die in Folge erhobener Einsprache bestätigte Wiederherstellung hin, weil es Grundsatz ist, daß ein ohne Gehör des Gegners ergangenes Erkenntniß zunächst im Weg der Einsprache beseitigt werden kann und muß, ehe Berufung eingelegt werden kann. Dies folgt aus der Abgeschlossenheit des bedingten Zahlungsbefehlsprocesses und seiner Verbindungslosigkeit mit dem Hauptproceß, wornach in einem solchen Fall dem Kläger nicht zugemuthet werden darf, erst den Weg der förmlichen Klage zu durchlaufen, um im Fall eines darauf ergangenen, ihn beschwerenden Urtheils zugleich mit der Beschwerde gegen dasselbe sich über die im Zahlungsbefehlsproceß ertheilte Wiederherstellung zu beschweren.

Es ist aber ebenso sehr proceßrechtlicher Grundsatz, daß ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß diese empfängt, wenn sie nicht rechtzeitig abgewendet wird, als daß ein der Einsprache unterworfenes endliches Erkenntniß rechtskräftig wird, wenn die Einsprache nicht erhoben, sondern vielmehr das ihr unterworfene Urtheil als gültig anerkannt wird. Dieß letztere ist aber in vorliegendem Falle geschehen, denn der Kläger hat, ohne die Ertheilung der Wiederherstellung anzufechten, die Rechtzeitigkeit der gegen den bedingten Zahlungsbefehl vom 14. November 1845 erhobenen Einsprache durch Erhebung einer förmlichen Klage aufs schlüßigste anerkannt und die ertheilte Wiederherstellung und Zulassung der Einsprache ist dadurch rechtskräftig geworden. Ob diese Ertheilung der Wiederherstellung auf irriger Gesetzesanwendung des Unterrichters beruhte und aus welchen Gründen sie dennoch vom Kläger anerkannt wurde, ist für die processualische Rechtskraft einerlei. So wenig der Beklagte eine, wenn gleich aus falscher Rechtsansicht des Richters erfolgte Verwerfung der Wiederherstellung noch durch Darlegung des Irrthums des Richters anfechten könnte, nachdem sie rechtskräftig geworden, so wenig kann es der Kläger bei der Zulassung der Wiederherstellungsbitte nach eingetretener gleicher Wirkung.

Darnach konnte nach eingeleitetem förmlichen Verfahren der als beendigt zu betrachtende bedingte Zahlungsbefehlsproceß nicht mehr weiter Gegenstand der Verhandlung werden und es muß das die verspätete Einsprache des Klägers gegen die Wiederherstellung berücksichtigende und ihrem Antrag gemäß entscheidende Erkenntniß aufgehoben werden.

Aus diesen Gründen, übrigens in Betracht, daß das Gesuch des Beklagten, Appellanten, nunmehr die Verhandlungen vor dem Obergerichte weiter zu pflegen, unzuläßig ist, weil auf die förmliche Klage vom Unterrichter noch gar nicht erkannt ist, und nur die dem bedingten Mandatsproceß angehörige Streitfrage, ob die dort ertheilte Wiederherstellung rechtskräftig sei? Gegenstand der oberrichterlichen Entscheidung ist.

In Betracht, daß es daher Sache des Unterrichters ist, nach dem Ausspruch, es sei die Wiederherstellung nicht weiter anfechtbar, in dem förmlichen Proceß auf die Anträge der Partien weiter zu verhandeln und zu entscheiden ꝛc.

Stempf.

IV.

Anfrage.

Ist eine Arrestklage zur Sicherheit einer noch nicht klagbaren Forderung, bei der z. B. die bedungene vierteljährige Aufkündigung noch nicht geschehen ist, statthaft?

Für die Verneinung spricht:

a. Der Eingang des §. 686 der Proceßordnung, wo zu einem Arrestgesuch vor Allem die allgemeinen Erfordernisse eines ordentlichen Klagvortrags verlangt werden. Darnach muß aber actio nata sein. §. 360 der Proceßordnung.

b. Der Schlußsatz des §. 676. Ziff. 6, wo ein Arrestgesuch wegen einer Forderung an einen Ausländer für welche Credit bewilligt ist, für unstatthaft erklärt wird.

c. Der Umstand, daß dieser Proceß mit der Execution beginnt, solche aber nur bei verfallenen liquiden Forderungen statthaft ist: und der Proceß wegen jenes Umstands eher zu beschränken als zu gestatten ist.

d. Nach gemeinem Proceßrecht würde, wenigstens nach Linde §. 348 II. Aufl., der bei der Proceßordnung besonders berücksichtigt wurde, eine klagbare Forderung verlangt.

Für die Bejahung läßt sich anführen:

a. Daß §. 676 d. P. O. nur im allgemeinen von rechtlichen Ansprüchen spricht und der Zweck des Arrestprocesses auch bei noch nicht klagbaren Forderungen zu erreichen u. der Arrest von noch größerer Wichtigkeit ist,

b. L. R. S. 1180, wornach auch bei bedingten Forderungen Sicherheitsmaßregeln ergriffen werden können. Ob aber unter diese auch der Arrest gehört und unter welchen Bedingungen, wird nur die Proceß-Ordnung zu entscheiden haben. Deshalb wird auch nach französischem Recht

cfr. Boileux zu L. R. S. 1180 und Duranton ebendaselbst

wegen Art. 50 Code de proced. civile, welcher nur auf Urtheile und liquide Forderungen einen Arrest zuläßt, der Beschlag nicht zu fragl. Maßregeln des L. R. S. 1180 gerechnet.

Eine genauere und gründlichere Besprechung dieser Sache dürfte bei deren Wichtigkeit nun wohl wünschenswerth sein.

P. K.

Antwort der Redaction.

Diese Frage gehört schon nach gemeinem Rechte unter die streitigen. Für ihre Bejahung beruft man sich auf

Lex 41. D. de jud. (5. 1.)

„In omnibus bonae fidei judiciis, *cum nondum dies praestandae pecuniae venit*, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit."

Martin, bürg. Proc. §. 230. Note O.
v. Bayer, summar. Proc. §. 24. Note 2.

Es geht schon daraus, daß der Arrest vor dem Beginn des Streits über den Anspruch selbst nachgesucht werden kann, mit Nothwendigkeit hervor, daß die Arrestklage nicht durch die Exigibilität, welche der Richter der Hauptsache zu prüfen hat, bedingt ist. Unsere Proceßordnung verlangt auch im §. 686 vorerst nur eine Bescheinigung der Ansprüche, welche sehr wohl zu Recht bestehen können, ohne daß sie im Augenblicke schon klagbar sind, wie dieß namentlich bei dem in obiger Anfrage beispielsweise erwähnten Falle zutrifft.

Wo das Gesetz zwischen fälligen oder nicht fälligen, zwischen betagten oder nicht betagten Forderungen keinen Unterschied macht, da wird auch der Richter nicht unterscheiden dürfen.

Man erinnert sich hiebei an die gewissermaßen verwandte Frage: ob die Aufforderung zur Klage auch dann statt findet, wenn die behaupteten oder ausgestreuten Ansprüche noch nicht verfallen sind? worüber bejahende Präjudicien vorliegen.

Annalen, XIV. 273 und XV. 87.

Die Statthaftigkeit eines Arrestgesuchs scheint demnach nicht von der Klagbarkeit jenes Anspruchs, welcher die Beschlagnahme sichern soll, abhängig zu sein.

D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe, den 20. November 1847.

I.

Testament eines Tauben.

1) Ist das Testament eines Tauben deshalb nichtig, weil der dabei mitwirkende Rechtsbeistand nicht alle Erforderuisse eines vollgiltigen Testamentszeugen hat?

Landrechtssatz 971, 1001, 975.
Zachariä, IV. Band, §. 670, Note 2.
§. 15 der Notariats Ordnung vom 3. November 1806, §. 31 des VI. Constitutionsedicts.
Justiz-Ministerial-Erlaß vom 22. Mai 1818 (Regierungsblatt Nr. 11, p. 69).

2) Der Testirer, welcher die Fähigkeit nicht hat, die von dem Staatsschreiber (nicht unleserlich) niedergeschriebene Urkunde zu lesen, ist so zu behandeln, als wenn er überhaupt nicht lesen könnte.

Die taube Ehefrau des Schmidts Peter R. von Meckesheim errichtete einen letzten Willen in öffentlicher Form zu Gunsten ihres Neffen Johann Peter Gr.

Dieses Testament ward von den Geschwistern der Erblasserin als nichtig angefochten, weil:

1) der letzte Wille dem Testamentsfertiger nicht vorgesprochen, sondern ein schriftlicher Entwurf desselben ihm eingehändigt worden, also die Beurkundung jener Thatsache falsch sei;

2) der Rechtsbeistand der Erblasserin, welcher bei Errichtung des letzten Willens mitgewirkt habe, mit dem Vermächtnißnehmer im vierten Grade verschwägert sei;

3) der letzte Wille nur dem Rechtsbeistand der Erblasserin, aber nicht auch dieser selbst vorgelesen;

4) ja sogar jede Verständigung der Erblasserin über den Inhalt der vorgelesenen Urkunde und eine Mittheilung über ihre Erklärung hierüber — von Seiten des Beistandes — unterblieben sei.

Der Unterrichter wies die Kläger ab, wogegen diese appellirten, indem sie weiter geltend machten,

5) die Erblasserin habe Geschriebenes lesen können, weshalb sie nach dem Justiz-Ministerial-Erlaß vom 22. Mai 1818 die Urkunde hätte selbst lesen und mündlich genehmigen müssen.

Am Schlusse der Testamentsurkunde war nämlich beurkundet:

„Das eigenhändig niedergeschriebene Testament habe ich, der Amtsrevisor, in Gegenwart der Zeugen dem Rechtsbeistand der Testirerin vorgelesen, worauf dieser erklärte, daß dieses Vorgelesene ganz mit dem von der Testirerin vorgesprochenen letzten Willen übereinstimme. Die Testirerin aber erklärte: „Ich kann die feinen Schriftzüge dieses Aktes nicht lesen und wegen Zittern auch nicht schreiben."

Hierauf hat dieselbe den Inhalt des niedergeschriebenen Testaments mir, dem Amtsrevisor, in Gegenwart der Zeugen und des Rechtsbeistandes nochmals vorgesprochen rc."

Das Hofgericht des Mittelrheinkreises (II. Civ. Sen.) erkannte nun auf Beweis darüber,

„daß die Erblasserin dem Testamentsfertiger ihren letzten Willen vor dessen Niederschreibung nicht vorgesprochen, sondern demselben einen schriftlichen Aufsatz mit dem Bemerken übergeben habe, darin sei ihr letzter Wille enthalten."

— und zwar aus folgenden Gründen:

„Die nächsten Seiten-Verwandten der tauben Ehefrau des Schmidts Peter R. von Meckesheim, Eva Barbara geb. W., fochten das von dieser in öffentlicher Form errichtete Testament deshalb als nichtig an, weil

1) der bei Errichtung des Testaments mitwirkende Rechtsbeistand der Erlasserin mit dem Vermächtnißnehmer — dem Beklagten — im vierten Grade verschwägert sei.

Nun ist es zwar unbestritten, daß, wie die Zeugen, so auch der, ein öffentliches Testament aufnehmende Staatsschreiber mit dem oder einem der darin Bedachten nicht verwandt oder verschwägert sein soll;

Landrechtssatz 975.
Zachariä, §. 670, Note 2.
§. 9 der Notariats-Ordnung vom 3. November 1806.

Allein diese Bestimmung ist nirgends auf die Beistände tauber Personen bei Errichtung letzter Willen in öffentlicher Form ausgedehnt und eine solche Ausdehnung wäre wohl auch sehr zweckwidrig, da derartige Beistände, die nur dazu berufen, die wegen Sinnenmangels dessen etwa bedürftige Personen zu berathen, also keineswegs zum Zweck der Beurkundung des Akts zuzuziehen sind; aus der Zahl der Familiengenossen gewählt und ebenso Vermächtnisse der größern Zahl nach Verwandten zugedacht zu werden pflegen.

Die Kläger berufen sich zwar auf §. 15 der Notariatsordnung, allein hier ist nicht der Zuzug eines Beistandes wie in der landesherrlichen Verordnung vom 22. Mai 1818 vorgeschrieben, sondern die Beiziehung eines weitern Zeugen angerathen, durch den sich der Erlasser verständlich machen könne und darauf aufmerksam gemacht, daß derselbe übrigens die Eigenschaften eines Zeugen besitzen müsse.

Es ist also dieser Anfechtungsgrund ohne Bedeutung.

2) der letzte Wille nur dem Rechtsbeistand der Erblasserin vorgelesen worden sei.

Allein in der landesherrlichen Verordnung vom 22. Mai 1818 ist das Gebot des Landrechtssatzes 972, wenn der Erblasser taub ist, aus leicht begreiflichen Gründen aufgehoben. Die Kläger haben zwar die Gesetzeskraft dieser Verordnung nicht anerkennen wollen, allein zur Zeit der Erlassung derselben war die gesetzgebende Gewalt noch in der Person des Landesherrn vereinigt, in dessen besonderm Auftrage die Veröffentlichung jener Verordnung durch Großherzogliches Justiz-Ministerium erfolgte, in deren Eingang auf jenen besonderen Auftrag ausdrücklich Bezug genommen ist.

Organisationsedict von 1809, Beilage F. §. 39 Abs. 3.

3) eine Verständigung der den letzten Willen Errichtenden über den vorgelesenen Inhalt der Urkunde und die Mittheilung ihrer Erklärung hierüber von Seiten des Beistandes unterblieben sei.

Allein ein solches Verfahren ist in der mehrerwähnten Verordnung nicht vorgeschrieben und zwar — wie leicht begreiflich — deshalb nicht, weil das auf diese Weise Erforschte nicht als unmittelbare Wahrnehmung des Staatsschreibers und der Zeugen gelten und beurkundet werden könnte, sondern damit nur etwa eine öffentliche Beurkundung über eine außergerichtliche Zeugen-Aussage geschaffen würde.

4) die des Lesens fähige Erblasserin die Urkunde hätte selbst lesen und genehmigen müssen.

Nun ist es allerdings richtig, daß die Vermächtnißgeberin nach ihrer eigenen Erklärung lesen konnte und nur durch die Art der Schrift des Testamentsfertigers verhindert ward, das Testament zu lesen; es ist ferner richtig, daß das in Folge dieser Erklärung eingehaltene Verfahren nur für den Fall der Unfähigkeit zum Lesen gesetzlich angeordnet ist; allein dem ohngeachtet kann der letzte Wille wegen dieses zur Auskunft gewählten Verfahrens nicht umgestoßen werden, weil bei der Ungeübtheit weiblicher Landbewohner im Lesen von Geschriebenem eine Umschreibung der Testamentsurkunde voraussichtlich zwecklos war und wenn sie durch denselben Staatsschreiber geschehen wäre, die Eigenthümlichkeit seiner Schrift, welche eben die Vermächtnißgeberin am Lesen angeblich hinderte, wohl nicht beseitigt worden wäre, weil endlich der Staatsschreiber, vor welchem sie, um ihren letzten Willen zu errichten, erschien, sie — ohne eigene Verantwortlichkeit für den hierdurch veranlaßten Aufschub und dessen etwaige Folgen — nicht wohl an einen andern verweisen konnte und im gegebenen Falle dieselbe wirklich des Lesens unfähig, mithin die Einhaltung des vom Gesetzgeber unterstellten Auskunftsmittels allein gerathen und zweckmäßig war.

Zwar ist in der Reihenfolge der einzelnen vorgeschriebenen Handlungen nicht die im Gesetze angedeutete Ordnung eingehalten worden, indem das Vorlesen des Testaments der mündlichen Wiederholung seines Inhaltes durch die Erblasserin vorausging; allein auch dieses Versehen kann nicht als Nichtigkeitsgrund aufgefaßt werden, weil der Zweck des Gesetzgebers dabei doch erreicht wurde, nämlich die Möglichkeit der Vergleichung des Inhaltes des Niedergeschriebenen und des Vorgesagten.

Landrechtssatz 6 k.

Zachariä, §. 667 vor Note 2.

Wenn endlich die Kläger gegen das Testament noch geltend machen, daß

5) der Inhalt der Testaments-Urkunde, die Erblasserin habe ihren letzten Willen vorgesprochen, falsch, dieser vielmehr nach einem von ihr übergebenen schriftlichen Entwurfe verfaßt sei;

so ist dieser widersprochene Klaggrund, womit die theilweise Falschheit der Notariats-Urkunde behauptet wird, nach §§. 400, 443, 453, 454 der Proceß-Ordnung zum Beweise auszusetzen."

Der klägerische Anwalt verweigerte jedoch die Antretung des Beweises, indem er durch Specialvollmacht der Kläger deren Verzicht auf Führung desselben nachwies und auszuführen suchte, das Beweiserkenntniß sei nicht richtig, vielmehr die Sache aus den übrigen Anfechungsgründen jetzt schon zum Endurtheile reif. Allein das Hofgericht bestätigte hierauf unterm 6. November 1846 das amtliche Erkenntniß — mit Bezug auf die dem Beweiserkenntnisse vorausgeschickte Entscheidungsgründe namentlich in wiederholter Erwägung, daß die Erblasserin — wenn auch im Allgemeinen des Lesens kundig — denn doch im vorliegenden einzelnen Falle desselben nicht fähig war, also von dem Staatsschreiber in diesem Falle als des Lesens unfähig behandelt werden konnte und mußte; dann in Erwägung, daß der bei Errichtung öffentlicher letzter Willen von Tauben — zuzuziehende Rechtsbeistand, wie schon diese Benennung ergibt, die Bestimmung hat, die Tauben persönlich zu berathen und ihnen einzelne Vorgänge verständlich zu machen, wenn sie es bedürfen; nicht aber in der Eigenschaft als weiterer Zeuge (wogegen schon die Schlußbestimmung des Justiz-Ministerial-Erlasses vom 22. Mai 1818 spricht) zur Testamentserrichtung mitzuwirken: wobei noch in Betracht kommt, daß bei der Wahl eines Rechtsbeistandes besondere persönliche und Familien-Verhältnisse, genauere Bekanntschaft und besonderes Vertrauen der auf den Todesfall Verfügenden entscheiden, also nicht die Willkür und Manigfaltigkeit in der Auswahl stattfindet, wie bei Erwählung der Zeugen 2c."

Dieses Erkenntniß wurde durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 8. Juni 1847 (Nr. 2688 I. Senat) bestätigt und zu dem Anfechtungsgrund:

„der Rechtsbeistand der tauben Erblasserin sei mit dem Vermächtnißnehmer im vierten Grade verschwägert" —

in den Enscheidnngsgründen ausgeführt;

Die Notariats-Ordnung vom 3. November 1806 enthält im §. 15 die Vorschriften für den Fall, wo ein Notar berufen wird, Willenserklärungen eines Blinden, Tauben oder Stummen zu bezeugen; es wird darin verordnet, daß neben den gewöhnlichen Zeugen noch ein Dritter beigezogen werde; dabei wird gesagt:

der Notar habe so viel möglich, eine Person beizuziehen, die schon vorhin mit dem Gebrechlichen bekannt sei und also dessen Manieren und Benehmen kenne, übrigens jedoch nicht in einer, die Zeugenschaft hindernden Verwandtschaft mit ihm oder in Befangenschaft mit der Sache stehe.

Abweichend hiervon verordnet das 6. Constitutionsedict im §. 31:

daß zu allen Rechtsgeschäften eines Blinden, Tauben oder Stummen, wobei zur richtigen Einsicht in die Umstände und ihre Folgen der mangelhafte Sinn nöthig wäre, ein besonderer Rechtsbeistand von ihm zugezogen oder ihm zugeordnet werden müsse, der seines Umgangs gewohnt, oder sonst seine Art zu denken und sich auszudrücken kundig sei, ihm das, was er durch den mangelnden Sinn wahrnehmen oder verrichten sollte, durch die zweckmäßige Anwendung anderer Sinne wahrnehmbar oder verständlich mache und seine auf diesem Wege erhobene Erklärung bezeuge und bekräftige. —

Durch den Nachtrag zur Notariats-Ordnung vom 20. Mai 1809 wird in Beziehung auf die §§. 14 bis 20 derselben verordnet, daß alles darin Geschriebene ohne Aenderung in seiner Kraft bleibe.

Dagegen gebietet die Justiz-Ministerial-Verordnung

vom 22. Mai 1818, welche, wie im Eingange gesagt wird, unter der durch allerhöchste Entschließung Sr. Königlichen Hoheit des Großherzogs vom 7. Mai ertheilten Genehmigung erlassen wurde, folglich zu einer Zeit, wo die landständische Verfassung noch nicht bestand, welcher daher auch die Gesetzeskraft nicht bestritten werden kann, in specieller Beziehung auf die Testaments-Errichtung der Tauben in Uebereinstimmung mit dem §. 31 des 6. Constitutionsedicts, daß jedem tauben Testirer ein besonderer Rechtsbeistand beigegeben werden solle. Nur darin sind diese beiden Gesetze verschieden, daß nach dem neueren der Rechtsbeistand nicht mehr von dem Tauben zugezogen, sondern diesem von der Obrigkeit beigegeben werden solle.

Es wird keinem Anstande unterliegen, daß zwischen einem von dem Testirer oder dem Testamentsfertiger erwählten Zeugen und einem solchen von der Obrigkeit angeordneten und auf die Erfüllung seiner übernommenen Verbindlichkeiten verpflichteten Rechtsbeistande, welcher im Voraus sich für den Fall der Nichterfüllung den Strafen des Meineids oder Handgelübdebruchs unterworfen hat, ein bedeutender Unterschied ist.

Möchte es nun auch für zweckmäßig erachtet werden, daß die Obrigkeit keinen als Rechtsbeistand des Testirers anordne, bei dem nicht alle Erfordernisse eines vollgültigen Testamentszeugen vorhanden sind, der also mit dem Vermächtnißnehmer im vierten Grade verwandt ist, so verordnet dieses doch weder das der Notariats-Ordnung nachgefolgte Constitutionsedict noch der die Notariats-Ordnung und ihrem Nachtrage nachgefolgte und unter landesherrlicher Genehmigung erschienene Justiz-Ministerial-Verordnung vom 22. Mai 1818. Bei der Errichtung eines Testaments sind aber nur die in dem Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu beobachten und selbst diese als Ausnahme von der Regel im engsten Sinne, das heißt im Zweifel, ob den Vorschriften des Gesetzes Genüge geschehen sei, zum Vortheile des Testamentes, also so, daß das Testament aufrecht erhalten werde, auszulegen, und eben darum ist das im Landrechtssatz 975 gegebene Verbot nicht über die im Gesetze genannten Personen auszudehnen, folglich, da es nur von Zeugen spricht, nicht auf die nach unsern Gesetzen anzuordnenden Rechtsbeistände.

Ja selbst in dem §. 15 der Notariatsordnung ist nicht einmal die Zuziehung eines dritten Zeugen, welcher alle Eigenschaften eines vollgültigen Zeugen hat, unbedingt vorgeschrieben, sondern es wird dem Staatsschreiber nur aufgegeben, so viel möglich eine Person auszuwählen, welche jene Eigenschaften hat.

Dieser Klaggrund erscheint hiernach verwerflich.

Ueber den weitern Klaggrund

„die letzte Willensurkunde sei nur dem Rechtsbeistand der Erblasserin, nicht aber auch dieser vorgelesen worden, ja selbst eine Verständigung der Erblasserin über den Inhalt der vorgelesenen Urkunde und eine Mittheilung über ihre Erklärung hierauf sei unterblieben,

enthalten die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe ferner Folgendes:

Die Begründung der Klage in diesem Punkte beruht unter Beziehung auf die Verordnung vom 22. Mai 1818 auf der Behauptung, daß die Testirerin Geschriebenes habe lesen können, daher statt des im Landrechtssatz 972 verordneten Vorlesens, die niedergeschriebene Urkunde von der Testirerin noch einmal laut und verständlich hätte vorgelesen und mündlich hätte genehmigt werden sollen, daß dieses aber nicht geschehen sei, ungeachtet aus dem Inhalte der Urkunde hervorgehe, daß die Testirerin habe lesen können.

Es ist nun allerdings richtig, daß die Verordnung von 22. Mai 1818 sich im Allgemeinen dahin ausdrückt, es komme darauf an, ob der taube Testirer Geschriebenes lesen könne oder nicht; indessen ist doch bei der Anwendung dieses Gesetzes nicht außer Acht zu lassen, daß nach Landrechtssatz 972 der zur Fertigung des Testamentes zugezogene Staatsschreiber und zwar bei Vermeidung der Nichtigkeit verpflichtet ist, den ihm vorgesprochenen Willen des Testirers eigenhändig niederzuschreiben, daß also die in der allegirten Verordnung unterstellte Unfähigkeit, Geschriebenes zu lesen, nothwendig dahin ausgelegt werden muß, daß der Testirer die Fähigkeit nicht gehabt habe, die von dem Staatsschreiber niedergeschriebene Urkunde zu lesen.

Ein anderer Fall würde es freilich sein, wenn dem Staatsschreiber der Vorwurf gemacht werden könnte, die Urkunde so unleserlich geschrieben zu haben, daß es Leuten von dem Stande, wie die Testirerin war, überhaupt nicht wohlmöglich gewesen wäre, dieselbe zu lesen; dieses ist aber von den Klägern nicht behauptet.

Es kann demnach auch für keinen Fehler des Testaments erklärt werden, wenn nach der von der Testirerin gegebenen Erklärung — der Staatsschreiber die in der allegirten Verordnung für den Fall, daß der Testirer Geschriebenes nicht lesen könne, vorgeschriebene Form einhielt.

Daß in dieser Form Alles, was das Gesetz erfordert, geschehen sei, geht aus der Urkunde hervor.

Der Staatsschreiber las dieselbe dem Rechtsbeistand der Testirerin vor, und dieser hat sich davon überzeugt, daß dieselbe mit dem von der Testirerin vorgesprochenen Willen vollkommen übereinstimme.

Nun war es die Obliegenheit des Rechtsbeistandes, der Testirerin darüber Aufklärung zu geben und sie zu belehren, daß sie noch einmal ihren letzten Willen dem Staatsschreiber und den Zeugen vorzusprechen habe, das Testament enthält nun zwar darüber, auf welche Weise dieses geschehen sei, nichts; allein es ist durch die Urkunde selbst bewiesen, daß die Testirerin ihren letzten Willen noch einmal in Uebereinstimmung mit dem Inhalte der Urkunde ausgesprochen hat und hierin liegt der deutlichste Beweis, daß ihr der Inhalt der Urkunde bekannt gemacht und sie darüber belehrt worden war, was sie nun noch zur Rechtsgiltigkeit des Testaments zu thun habe.

Demnach ist auch dieser Anfechtungsgrund unrichtig.

Stempf.

II.

Anleitung zur Führung der Unterpfandsbücher im Großherzogthum Baden, von dem Gr. Oberamtmann Joseph Freih. Reichlin von Meldegg.

Karlsruhe bei Groos 1847.

Die Hauptgrundlage des öffentlichen Kredits, dieser Seele des Handels und Wandels, bildet das Unterpfandswesen. Dieses beruht nach den Einrichtungen der Neuzeit vorzüglich auf den Unterpfandsbüchern, und es ist deshalb deren Führung von der höchsten Wichtigkeit. — Leider zeigt nun die Erfahrung, daß dieselbe in Baden aus Gründen, welche die Vorrede des oben genannten Werkchens sehr richtig andeutet, häufig den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht. Es muß daher Alles, was zur Beseitigung dieses Uebelstands geschieht, sehr erwünscht erscheinen. Darin liegt die hauptsächliche Empfehlung dieses Schriftchens, indem es durch Zusammenstellung der verschiedenen Gesetze und Beurtheilung der darauf bezüglichen Fragen den Pfandgerichtsmitgliedern die leichte Erwerbung der nöthigen Kenntnisse möglich macht. Zur Erreichung dieses Zwecks erscheint seine einfache, leicht faßliche Sprache und die Beifügung verschiedener Formulare von pfandgerichtlichen Urkunden recht geeignet; und es rechtfertigt sich aus diesem Gesichtspunkt auch die Vermeidung von größeren Erörterungen schwieriger Streitfragen.

Ungeachtet dessen behält es als Uebersicht auch Werth für Richter, Amtsrevisoren und Anwälte.

Den Kapitalisten aber und den öffentlichen Commissionsbüreaus rc. rc. dürfte es sehr willkommen sein, da sie dadurch nicht allein in den Stand gesetzt werden, die Richtigkeit der Einträge ihrer Unterpfandsrechte und ähnlicher Vorgänge zu beurtheilen, sondern auch vielfache Belehrungen über ihr eigenes Benehmen bei solchen Gelegenheiten darin finden. Z. B. auf Seite 17 wegen des bei Verpfändungen, auf Seite 21, 22 wegen des bei Cessionen von Forderungen, auf Seite 82 f. wegen des bei der Anlage von Stiftungsgeldern zu Beobachtenden.

Der Inhalt des Werkchens ist:

I. Einleitung (S. 1—5) über das Wesen des Unterpfandsrechts.

II. Die Verordnung des Gr. Justizministeriums bezüglich der Instruction für Pfandschreibereien. Bei jedem Paragraphen derselben sind die einschlagenden Verordnungen und Bestimmungen anderer Gesetze, wie des Landrechts, der Proceßordnung und des Gemeindegesetzes in ihrem wesentlichen Inhalt angegeben. Ihr Zusammenhang oder etwaiger Widerspruch wird besprochen. Z. B. §. 3 Anmerkung, Seite 27 Anm. f. — Auf Seite 57—76 ist eine reichhaltige Sammlung von Formularen beigefügt.

III. Anhang (Seite 79—99).

1) Sperre der Pfandeintragung (Seite 79—81). Hier wird die Zwecklosigkeit der Sperrscheine nachgewiesen.
2) Uebersicht dessen, was bei Prüfung der Stiftungsobligationen zu beachten ist (Seite 82 bis 90).
3) Verordnung über die Erneuerung und Berichtigung der Pfandbücher (Seite 91—96).

4) Verordnung, die Prüfung der Grund-, Pfand- und Lagerbücher durch die Amtsrevisoren btr.

Schließlich verdient noch der billige Preis des Werkchens (54 kr.) erwähnt zu werden.

Dr. S. Puchelt. *)

Anmerkung der Redaction.

Ein zufälliges A tempo setzt uns in den Stand, vorstehendem Bericht über die Anleitung zur Führung der Pfandbücher eine practische Kritik der Instruction für Pfandschreibereien rc. rc. von dem Verfasser der Beiträge zu einem Handbuch für badische Staatsschreiber (Annalen XV. S. 108) folgen zu lassen.

Wie die Anleitung die zerstreuten Vorschriften zweckmäßig zusammenstellt und zu einem Ganzen bildet, so enthüllt die Kritik die Mängel der bestehenden Einrichtung und wirkt auf deren Verbesserung hin.

Bei der regen Thätigkeit, welche zwei erleuchtete Collegien des Landes — die Ministerien der Justiz und des Innern — in einträchtigem Zusammenwirken für die Vervollkommnung unserer Institutionen entwickeln, werden diese literarischen Erscheinungen gewiß die der Wichtigkeit ihres Gegenstandes entsprechende Beachtung finden.

D. R.

III.

Einige Worte über das badische Pfandwesen.

Wenige Materien unseres Gesetzbuches umfassen wohl so viele Controversen, geben Veranlassung zu so manchfaltigen verwickelten Rechtsstreiten, wie unser Pfandwesen, und die Frage liegt sehr nahe: „wo schreiben sich solche wohl her?“ — Zur Beantwortung dieser Frage ist gegenwärtiger Aufsatz bestimmt, er wird jedoch nur die Form oder den Vollzug der gesetzlichen Bestimmungen im Auge haben, nicht aber auch das Wesen derselben, welch letzteres nur Sache der eigentlichen Juristen sein dürfte, und nach Bekk's klassischer Arbeit **) kaum noch Etwas zu sagen übrig läßt.

Wenn ein Gesetz die Sanction der gesetzgebenden Gewalten erhalten hat, so erscheint gewöhnlich eine Vollzugsverordnung, welche die organischen Bestimmungen über die zum Vollzug bestimmten Personen und Behörden, und ihre Stellung gegenüber der Staatsgewalt einerseits, und den beim Vollzug des Gesetzes vorkommenden Partien anderseits zu enthalten pflegt, z. B. das Zehntablösungs-, Feuerversicherungsgesetz, die Organisation des Notariats rc. (zum Landrecht erschienen nur die 2 Einführungsedicte, da sich solches den früher erschienenen Organisationsedicten anpassen sollte, was zu beklagen sein wird, so lange beide neben einander bestehen). Sohin erläßt nun das betreffende Ministerium eine Instruction, über die Formen die beim Vollzug beobachtet werden müssen, wie wir dies an den eben genannten, und vielen andern Gesetzen sehen. Dabei ist zu beachten, daß das Gesetz selbst lange unverändert bleibt, während die vom Landesherrn ausgehende Vollzugsverordnung und noch mehr die Instruction im Laufe der Zeit manchfaltig abgeändert, ja oft ganz umgestaltet werden kann, je nachdem die Wissenschaft fortschreitet, die Ansichten oder Verhältnisse sich ändern, oder endlich die Zwecke der bestehenden Regierung es erfordern.

Ganz gleiches Verfahren sehen wir auch bei Einführung unsers Pfandrechts eingehalten; solches ist die im Wesentlichen unveränderte Uebersetzung des C. N. und ist auch seit es ins Leben trat, in ganz gleichem Zustande geblieben, mit Ausnahme der Aufhebung oder Suspension des Satzes 2154. Die Vollzugsverordnung dazu bilden die §§. 25—30 des 2. Einführungsedicts, welche sogleich durch die Verordnungen im Regierungsbl. 1812 Nr. 2 und 13 hinsichtlich den richterlichen Unterpfänder und Regierungsbl. 1812 Nr. 2 rücksichtlich der Eintragsfreiheit der Vorzugs- und gesetzlichen Pfandrechte wesentliche Abänderungen erhielt, und weil die Gesetzeskraft der letztern bestritten ist, schon Stoff zu vielen Controversen gab.

Am 6. September 1822 erschien endlich die Instruction für die Pfandschreibereien, die denn auch schon viele Abänderungen und Zusätze erhielt, wie wir später finden werden.

Abgesehen von dem Uebelstande, daß die Instruction über den Vollzug eines so folgenreichen Gesetzes erst 12 Jahre nach seiner Einführung ertheilt wurde, also die Entwicklungsperiode erst beginnen konnte, wo anderwärts schon Alles sich gestaltet und zur Blüthe entfaltet hatte, müssen wir bei unserem Institute noch folgende Uebelstände beklagen:

*) Hofgerichtspraktikant in Mannheim.

**) Ueber dingliche Rechte an Liegenschaften.

a. daß außer den städtischen Pfandgerichten, vielleicht keines im ganzen Lande, den hieher einschlägigen Theil des 2. Einführungsedicts und dessen Modificationen kennt, oder je nennen gehört hat;
b. daß die Instruction höchst unklar und unvollständig ist, daß
c. sie wenige, und nur sehr unpopuläre Definitionen enthält;
d. daß ihr Formulare angehängt sind, und diese nicht bei den jeweiligen Abänderungen der Instruction entsprechende Ergänzungen erlitten haben, *)
e. daß die Institute, welche das Pfandrecht — wie es unser Landrecht gibt — zum Vollzug durchaus verlangt, nur theilweise, und sehr mangelhaft eingeführt sind;
f. daß dem ganzen Pfändrecht nicht eine wissenschaftliche, oder populäre Bearbeitung durch einen Sachkundigen nach Art der Proceß- oder Gemeindeordnung zu Theil geworden, und endlich
g. möchte vielleicht der Hauptübelstand darin zu suchen sein, daß überhaupt den Gemeinderäthen ein so wichtiges Geschäft, das in die Vermögensverhältnisse so tief eingreift, anvertraut, statt daß eigene Behörden dazu errichtet worden, wie dies im Vaterlande unseres Landrechts und anderwärts der Fall ist. Dieser Uebelstand würde aber durch Hebung der übrigen größtentheils wegfallen, da er nicht so wohl in den Personen und Mangel an Intelligenz bei solchen, als vielmehr darin liegt, daß diesen die sachgemäßen Anleitungen zur Handhabung ihrer Obliegenheit nicht geboten wurden.

Wäre nicht die alte Redlichkeit und Treue unter dem badischen Theil des deutschen Volkes noch in Wirklichkeit gang und gäbe, wäre die Schlauheit und Raffinirtheit der Franzosen bei uns eingerissen, oder mehr verbreitet, dann freilich wäre der letztere Uebelstand als ein großes Unglück zu beklagen, und eine völlige Umwandlung der organischen und instructiven Theile unseres Pfandrechts schon längst als höchste Nothwendigkeit geboten gewesen, so aber möchten wir fast behaupten, es würde durch Entferuung der Uebelstände e und f den übrigen Mängeln des Instituts so ziemlich abzuhelfen sein, um das Pfandwesen aus seiner Kindheit heraus in eine Periode der Entwicklu g gelangen, der wir in kurzer Zeit die schönsten Früchte, einen Zustand der Ordnung, wie in den übrigen Materien des bürgerlichen Rechts, entsprießen sehen würden.

*) Z. B. §. 20 Formular lit. E.

Alle diese Punkte müßten anderwärts weiter ausgeführt werden, aber wir reden zu einem zu gebildeten Publikum, als daß es mehr als bloßer Andeutungen bedürfte, auch leidet es der Raum dieser Blätter nicht darüber ausgedehnter zu sprechen, und wir wollen geradezu zur Sache selbst übergehen, indem wir das 2. Einführungsedikt, so weit es hieher gehört, und noch mehr die Instruction kritisch beleuchten.

A. Das 2. Einführungsedict.

§. 25. Hier stoßen wir schon auf große Anstände. Er schreibt vor: „daß Jeder der liegendes Eigenthum erwirbt, schuldig sein solle, seinen Erwerb ins Grundbuch eintragen zu lassen, und daß ehe dies geschehen, er vor Gericht sein Eigenthum nicht geltend machen könne rc." *); ordnet sofort an, wer die Grundbücher zu führen habe, und verspricht endlich eine Instruction über die Führung derselben. Hier entsteht zuvörderst die Frage: Was ist ein Grundbuch? Früher und bis auf die neuere Zeit verstund man unter Grundbuch fast allgemein das „Flur- oder Lagerbuch", und erst die im Jahr 1824 erlassene Instruction über Führung der Gewährbücher gab diesem Begri e eine andere Richtung, indem sie ihn dahin bestimmte, daß in das Gewährbuch nicht nur jene Verträge gehören, über welche das Pfandgericht Gewähr zu leisten, d. h. die objective Gültigkeit derselben zu prüfen und zu bestätigen habe, **) sondern daß auch die Liegenschaftsveränderungen durch Erbschaften, Schenkungen, Eheverträge, Leibrenten- und Verpfändungsverträge, Uebergaben rc. in das Gewährbuch eingetragen werden müßten, daß es also in dieser Hinsicht wirklich ein Grundbuch ersetzen würde, ***) und das Alles wahrscheinlich nur deshalb, weil die Flur- und Lagerbücher in den wenigsten Orten bestanden, über Einrichtung und Führung

*) Dieser Paragraph ist fast wörtlich als Landrechtsatz 1583 a. ins Landrecht aufgenommen.

**) Bekk S. 98 und 2. Const.-Edict §. 2. Regierungsblatt 1807 S. 126.

***) Von der Einschreibung der Vorzugsrechte schweigt aber diese Instruction gänzlich.

derselben keine Instruktion erlassen werden mochte, *) und doch Grundbücher vorhanden sein mußten, wenn die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vollzogen werden sollten, und so bildete sich allmählig die Ansicht, daß die Gewähr (Kauf- und Tauschbücher oder Contractenprotokolle) bei uns die Stelle der Grundbücher zu vertreten hätten. **)

Bekk und die Gerichtshöfe motivirten diese Ansicht insbesondere damit, daß die Landrechtsätze 2181, 2181 a. auch die Einschreibung des Erwerbstitels (d. h. des Vertrags über die Erwerbung selbst) fordern, dazu aber die sogenannten Flur- und Lagerbücher nicht geeignet seien. Wir halten aber diesen Grund nicht für stichhaltig und nicht für entscheidend, indem allerdings in den Lagerbüchern (an vielen Orten werden sie aber Grundbücher genannt) Raum oder entsprechende Colonnen für die Einschreibung des Erwerbstitels vorhanden ist oder geschaffen werden kann, und weil die Einträge nicht aus den in den Landrechtsätzen 2181 und 2181 a. ausgesprochenen Gründen (zur Erledigung von frühern Pfandlasten) sondern aus jenen des Landrechtsatzes 1583 a. gemacht werden sollen und müssen. Das Regierungsblatt 1807 Nr. 26 §. 2 spricht von einem Eintrag in das Erb-, Kauf- und Pfandregister, sagt aber nicht, ob dieses ein und dasselbe Buch sei oder zwei oder drei verschiedene, hier können wir also keine Auskunft holen, dagegen überträgt die Gemeindeordnung in §. 42 dem Gemeinderath ausdrücklich die Führung der Grund-, Gewähr- und Unterpfandsbücher, und setzt also das Vorhandensein von drei verschiedenen Büchern voraus, sonst hätte sie gesagt: „der Grund- oder Gewährbücher und des Unterpfandsbuches, und dieser als der neueste gesetzliche Ausspruch muß entscheiden. Wir haben also drei ganz von einander verschiedene Bücher, als durch unsere Gesetzgebung eingeführt anzunehmen;

1) Das Grund- (Lager-, Flur- oder Saal-) Buch, in welches alle Eigenthumsveränderungen, ohne Unterschied des Rechtstitels, und die Vorzugsrechte eingeschrieben werden müssen, über dessen Führung aber eine Instruction zur Zeit noch mangelt.

2) Das Gewährbuch (Kauf-, Tausch-Buch, Contractenprotocoll), in welches alle, vor dem Pfandgericht abgeschlossenen Verträge über Eigenthumsveränderungen von Liegenschaften (soweit seine Competenz reicht) einzutragen sind, und die sodann, wenn alle Förmlichkeiten erfüllt sind, die Kraft öffentlicher Urkunden haben *)

3) Das Pfandbuch, in welches die Vorzugs- und Unterpfandsrechte aller Art eingeschrieben werden können und müssen.

Das hohe Justizministerium nimmt in der Instruction über Prüfung der Grund- und Pfandbücher **), übereinstimmend mit der Instruction von 1824, nur das Vorhandensein von zwei Büchern an, des Grund- und des Pfandbuchs, dagegen hat das Hofgericht des Mittelrheinkreises das Pfandbuch schon einmal für das Grundbuch angesehen ***). Solche Begriffsverwechslung kann nur unheilvoll genannt werden und wirken!

Auch zugegeben, das Gewährbuch sei das Grundbuch, von welchem das Landrecht spricht, so sehen wir eine sehr folgenreiche Einrichtung, welcher der Vollzug mangelt, weil wir überall finden, daß in solches wohl die Käufe und Tausche, aber nicht die übrigen Eigenthumsveränderungen und die Vorzugsrechte eingeschrieben werden. Zwar hat das hohe Justizministerium unterm 5. Sept. 1844 †) angeordnet, daß in allen Eigenthumsurkunden, die vom Amtsrevisorate ausgefertigt werden, der Beisatz gemacht werde: „der Inhaber wird auf die Nothwendigkeit des Eintrags in's Grundbuch (Gewährprotocoll) aufmerksam gemacht", allein der Inhaber scheut die Kosten und behält die Urkunde hübsch bei Händen, und so bleibt das Buch auf seine ursprüngliche Bestimmun beschränkt, nämlich auf die Einschreibung der Käufe und Tausche. (Forts. folgt.)

*) Auch die Anlegung derselben (Lagerbücher) sehr hoch zu stehen kömmt, und ohne Katastervermessung den Zweck doch nicht ganz erfüllt.

) Instruction für Führung der Gewährbücher §. 1 Org.-Edict 1809 lit. B §. 17, Reg.-Bl. 1809 S. 422, Roth, Abhandl. I. S. 71—72, Annalen II. S. 201, Oberh. Jahrb. n. F. V. S. 178 bis 688, Bekk, S. 95=97 und Note *.

*) Ausdrücklich ist dies im Gesetz nirgends gesagt, dürfte jedoch aus Landrechtsatz 1317 mit Vergleichung des II. Einf.-Edicts, §. 25, zu folgern sein.

**) Verordnungsblatt 1845, S. 20.

***) Annalen 1844, S. 351.

†) Notariatsblatt 1844, S. 163.

edakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe, den 27. November 1847.

I.

Einige Worte über das badische Pfandwesen.

(Fortsetzung.)

Angenommen, der Eigenthümer erscheint mit seiner Urkunde, um den Eintrag bewirken zu lassen, so fragt sich: hat das Gewährgericht darüber noch zu gewähren (d. h. die Rechtmäßigkeit des Eigenthums zu prüfen und zu bestätigen), oder liegt die Gewähr schon in der durch den Notar bei Aufnahme der Urkunde vorzunehmenden Prüfung der Eigenthumsrechte der Partieen? Eine bedenkliche Frage! — Hat dasselbe noch zu gewähren, so steht ihm natürlich auch der Bezug des Gewährgeldes zu, was aber für die Partieen h..t wäre, da sie erst die Kosten für die Urkunde selbst bezahlt haben, und wovon in der Verordnung über den Gebührenbezug *) auch kein Wort steht, da sie in §. 1 blos von Kauf- und Tauschverträgen, Cautionen und Pfandurkunden spricht; hat dasselbe aber nicht zu gewähren, so hat es auch keine Verantwortlichkeit für den Inhalt. Wer hat sodann dafür zu haften, wenn auf einen solchen Eintrag hin eine Verpfändung vollzogen, und das Eigenthumsrecht der Pfandstücke später als fingirt erklärt wird? — der Notar oder das Amtsrevisorat? Darüber mangelt eine gesetzliche oder organische Bestimmung; oder am Ende Niemand? So wird es wohl sein, ich wüßte wenigstens keinen andern Schluß zu finden. Dem Gewährgericht würde ich die Haftbarkeit wenigstens zuletzt aufhalsen, weil man ihm nicht wohl zumuthen kann, eine von der gesetzeskundigen Behörde ausgefertigte Urkunde noch zu prüfen und zu bestätigen. Dies soll freilich nur mit einem Theil derselben, nämlich dem Eigenthumsrecht der Liegenschaften geschehen, aber diese Prüfung kann ja der Notar, der die Urkunde aufnimmt, leichter und besser vornehmen! Welch weites Feld für die Willkür des Richters, der die Zustände nimmt, wie sie nach Gesetzesvorschrift sein sollten, und nicht, wie sie in Folge mangelhafter Institutionen sind.

*) Regierungsblatt 1842, Nr. 24.

Zwar lassen sich die Pfandgerichte überall, wo sie das Gefährliche ihrer Stellung nur einigermaßen erkennen, immer die Eigenthumsurkunden zur Einsicht vorlegen, ehe sie eine Verpfändung annehmen oder einen Kauf ꝛc. protocolliren, ist aber dadurch den Bestimmungen des §. 25 Genüge gethan? Wir zweifeln sehr. Der §. 25 verlangt ausdrücklich Transscription, und der §. 26 noch weiter die Prüfung der Eigenthumsrechte oder die Gewähr, diese ist nun vorhanden, aber erstere fehlt. Die Hauptwirkungen der Unterlassung der Transscription sind:

a. daß das Eigenthumsrecht gegen Dritte nicht geltend gemacht werden kann, wohl aber dem frühern Besitzer gegenüber *). Diesem könnte allenfalls durch nachträgliche Transscirption (sobald sie nothwendig fällt) abgeholfen werden;

b. daß der Erwerber alle in der Zwischenzeit zwischen seiner Erwerbung und der Einschreibung vom vorigen Eigenthümer nachkommende Pfandlasten gegen sich gelten lassen muß. Der Zusatz 1583 a. spricht diesen Nachtheil nur gegen die Käufer aus, der §. 25 aber gegen Jeden, der aus irgend einem Rechtstitel liegendes Eigenthum erwirbt.

Wenn sich nun die Wirkung der gesetzlichen und richterlichen Pfandrechte auch auf Güter erstrecken soll, die

*) Gegen den frühern Eigenthümer hat er blos ein persönliches Klagrecht. Bekk, S. 50. Oberhofger. Jahrb. N. F. 1839. S. 183 VII. S. 324. Brauer ad Art. 1583 a. Zachariä IV. S. 322.

schon veräußert, die Eigenthumsübergänge aber noch nicht transscribirt sind, und nicht nur auf die gegenwärtigen und zukünftigen, wie dies und wohl hauptsächlich in Folge dieses Paragraphen ziemlich allgemein angenommen wird *), so sehen wir leicht ein, wie groß die Gefahr für den Erwerber ist, der seinen Erwerb nicht eintragen läßt, und für das Pfandgericht, das solche Güter zu Pfand annimmt, oder über solche gewährt, deren Erwerb gar nicht oder verspätet transscribirt worden, die also mit gesetzlichen oder richterlichen Pfandrechten des frühern Eigenthümers in der „Zwischenzeit" belastet sein können **).

Wenn durch die Staatsgewalt vorgeschrieben würde, daß die Eintragung der Eigenthumsübergänge durch die Amtsrevisorate veranlaßt werden müßten, so wäre diesem Uebelstande am einfachsten abgeholfen, und diese Art Bevormundung würde keinerlei Widerstand finden, und wäre gewiß eben so sehr am Platze, als wenn einem Handwerker auferlegt wird, vor der Verheirathung 3 Wanderjahre nachzuweisen oder 18 fl. Taxe zu bezahlen, und ein sogenanntes Meisterstück zu machen. Da aber dadurch doch nicht alle Fragen, namentlich in Bezug auf die Haftbarkeit, erledigt wären, so dürfte durch eine gesetzliche Bestimmung ungefähr folgenden Inhalts diese Lücke in der Gesetzgebung radical zu heilen sein:

Art. 1. Die Stelle des Grundbuchs vertritt das Gewähr- (Kauf- und Tausch-) Buch. Hinsichtlich der Käufe und Täusche haben die vom Gewährgerichte bewerkstelligten Einträge in solchen die Kraft und Wirkung öffentlicher Urkunden.

Art. 2. Die Einträge geschehen durch das Gewährgericht, ohne besondere Gewährleistung (mit Ausnahme der Käufe und Täusche) und ohne Bezug der Gewährgelder. Das Amtsrevisorat ist verpflichtet, demselben von jedem Eigenthumsübergange, der nicht durch das Gewährgericht selbst beurkundet wird, mittelst Auszug aus der betreffenden Urkunde Nachricht zu geben, und sich über den Vollzug Bescheinigungen zu den Acten geben zu lassen, eben so die Notare und Assistenten hinsichtlich der von ihnen gefertigten Privatinventuren. Die Amtsrevisorate, Notare und Assistenten sind dafür verantwortlich, daß sie dieser Verpflichtung rechtzeitig nachkommen, d. h. sobald das Geschäft erledigt und vollzugsreif ist.

Art. 3. Die Notare und Assistenten haben bei Aufnahme von Urkunden, in welchen Eigenthumsveränderungen von Liegenschaften und liegenschaftlichen Rechten vorkommen, die Rechtmäßigkeit des Eigenthums derselben zu prüfen, und sind dafür verantwortlich, daß sie keinerlei Liegenschaften und Rechte in die Urkunde aufnehmen, wenn das Eigenthum nicht genügend dargethan ist:

a. durch legale Urkunden, als welche bis auf das Erscheinen dieses Gesetzes, die vom Amtsrevisorate ausgefertigten Kauf- und Tauschbriefe, Theilzettel, Abschriften von Ehe- und Verpfründungsverträgen, Schenkungen, Vermögensübergaben und Theilungen anzusehen sind, insofern das Gewährgericht beurkundet, daß die darin enthaltenen Liegenschaften noch im Besitze der Partien sind. Eine nachträgliche Prüfung über die Rechtmäßigkeit des Eigenthums findet bei allen bis zum Erscheinen dieses Gesetzes ausgefertigten Urkunden rückwärts nicht statt;

b. durch die 30jährige Ersitzung, beurkundet durch den Bürgermeister und 2 Marker;

c. Durch das Aufforderungsverfahren, und endlich

d. bei einzelnen Güterstücken und wo alle Erben großjährig sind, durch die urkundliche Erklärung aller Partien, daß sie für die Rechtmäßigkeit des Eigenthums sammtverbindlich haften.

Art. 4. Landrechtssatz 2108 und 2109 sind außer Wirksamkeit gesetzt.

Auch der Verkäufer hat den Eintrag in's Pfandbuch bewirken zu lassen, wenn er sein Vorzugsrecht gewahrt wissen will.

Der letztere Artikel wäre um so nothwendiger, als jetzt beim Mangel eines eigentlichen Grundbuchs, wo alle Käufe in's sogenannte Grundbuch eingetragen werden müssen, entweder überall ein Vorzugsrecht gewahrt ist, auch wo keines vorbehalten wurde, wenn man dem Buchstaben des Gesetzes folgt, oder gar keines, wenn man voraussetzt, daß nur da eines vorbehalten sei, wo dies im Eintrag ausdrücklich erwähnt ist. Nach dem Wortlaut des Landrechtssatzes 2108 bedarf es lediglich des Eintrags der Kaufurkunde in's Grundbuch und der

*) Bekk, S. 67.

**) Bedungene Pfandrechte dürften seltener vorkommen, indem solche Eigenthumsübergänge meistens dem Gewährgericht, auch ohne Transscription bekannt sind.

Bemerkung dabei, daß der Kaufschilling oder ein Theil desselben noch unbezahlt steht, und dies ist nichts mehr und nichts weniger, als was allüberall beim Eintrag von Käufen geschieht. Ist nun dadurch stillschweigend ein Vorzugsrecht bewahrt, dann Wehe den Pfandgerichten, dreimal Wehe! In den Kaufbuchs-Auszügen steht die Frage: Ist der Kaufschilling in's Unterpfands- oder Grundbuch eingetragen worden? — Nach Landrechtssatz 2113 bewirkt aber der Eintrag eines Vorzugsrechts in's Pfandbuch kein Vorzugsrecht, sondern ein Unterpfandsrecht, was unter Umständen von gar keinem Nutzen sein kann, indem die gesetzlichen Pfandrechte der Mündel und Ehefrauen nach Landrechtssatz 2135 rückwirkend sind, also auch ein zum Pfandrecht gewordenes Vorzugsrecht verdrängen, nie aber ein durch Eintrag in's Grundbuch auf gesetzliche Weise gewahrtes Vorzugsrecht. Dieser sehr folgenreiche Unterschied zwischen Vorzugs- und Unterpfandsrecht wurde leider bei Abfassung der Instruction ganz aus den Augen gelassen, wie wir später finden werden.

Der ominöse Satz 2108 verglichen mit Satz 2113 paßt zum französischen Recht ganz gut, wo der Verkauf in öffentlicher oder Privat-Urkunde oder mündlich abgeschlossen werden kann, und in's Grundbuch nicht eingeschrieben werden muß. Bei uns aber hätte er füglich ganz wegfallen dürfen wie der zweite Theil desselben, da durch Einschaltung des Landrechtssatzes 1583 a und den §. 25 des II. C. E. eine mit dem übrigen Landrecht gar nicht harmonirende Bestimmung getroffen wurde, wornach beim Verkauf der Eintrag schon kraft Gesetzes geschehen muß, also eine besondere Wahrung durch freiwillig bewirkten Eintrag nicht wohl mehr stattfinden kann. Wäre Satz 2108 ganz gestrichen worden, so hätte natürlich Landrechtssatz 2113 eine wesentliche Modification erleiden müssen. Ersterer heißt: „Der Verkäufer, der ein Vorzugsrecht hat (dies ist nach Landrechtssatz 2103 Abs. 1 „der Verkäufer auf das verkaufte Grundstück wegen Zahlung des Kaufschillings" also hat es jeder Verkäufer, dessen Kaufschilling noch nicht bezahlt ist, kraft Gesetzes, und bedarf es dazu keines besondern Gedings) behält solches durch Einschreibung seiner *) Erwerbsurkunde in das Grundbuch 2c." Es scheint also nicht, daß das Vorzugsrecht ausdrücklich vorbehalten, oder die Einschreibung besonders verlangt werden müsse. Jedenfalls ist hier eine Radicalreform auf die angegebene oder irgend eine andere Weise dringend nothwendig.

Der §. 25 sagt ferner: „Die Grundbücher werden hinsichtlich der markfässigen Güter von den Stadträthen oder Dorfgerichten gehalten 2c. Die gleiche Bestimmung ist in §. 1 der Instruction für Pfandschreiber übergegangen. Was sind nun markfässige Güter? — Darüber gibt §. 2 des II. Constitutions-Edicts **) Auskunft, es sind nämlich jene Güter, welche zur Ortsgemarkung gehören, d. h. dem von eigenen Grenzen eingeschlossenen Umfang des Staatsgebiets, auf welchem ihre gesellschaftliche Verbindung gewurzelt ist. Warum wurde nun nicht gesagt: „rücksichtlich der zur Ortsgemarkung gehörigen Güter"? das hätte Jedermann verstanden, aber unter 100 Rathsschreibern wird keiner wissen, was „markfässig" heißen soll.

§. 26. Im Eingange ist das Nämliche zu rügen. Uebergehen wir die aufgehobenen Bestimmungen hinsichtlich der richterlichen Unterpfänder, und des Eintragszwangs, und gehen geradezu hin zur Vorschrift über die Form der Einträge bedungener Pfandrechte, so finden wir unter Anderm: „Die Betheiligten oder ihre Gewalthaber erscheinen mit den nöthigen Urkunden," was sind nun dies für Urkunden? — Jene über das Eigenthum? Diese sind ja nicht nöthig, da der Erwerb des Eigenthums nach §. 25 schon im Grundbuch eingetragen sein muß; der Pfandvertrag? Dieser soll ja erst verabredet und niedergeschrieben werden, oder wird eigentlich erst nach dem Eintrag durch das Amtsrevisorat gefertigt ***). Eine Erklärung wäre hier wohl am Platze gewesen. Der Satz 2148 unseres Landrechts gibt zwar hierüber Auskunft, allein da gerade der §. 26 jenen Satz stillschweigend aufhebt, indem er ganz anderes Verfahren vorschreibt, so ist immerhin Unklarheit, oder Widerspruch, vorhanden. Weiter: „Diese — die Pfandschreiberei — untersucht, ob das zu gebende Unterpfand des Schuldners Eigenthum ist 2c" — warum nicht auch

---

*) Soll heißen „des Käufers." Lauthardt III. S. 398.

**) Regierungsblatt 1807. Nr. 26.

***) Bekk, §. 170.

die Rechtsfähigkeit der Vertragspersonen? ist diese minder wichtig? — Endlich: „Die Einschreibung in die Pfandbücher muß also immer der förmlichen Ausfertigung der Pfandurkunde vorangehen." Warum wurde nicht beigesetzt: „Das Pfandrecht beginnt mit dem Augenblick des Eintrags?" es wäre dadurch vielem Streite und unnützem Geschreibe abgeholfen.

§. 27. Hieher ist nichts zu bemerken, als daß die Anordnung hinsichtlich der Aufforderung durch die Aemter bei Ausfertigung der Trauscheine selten vollzogen, und doch wenigstens noch seltener beachtet wird, indem man beinahe nirgends Einträge von Eheverträgen in Pfandbüchern findet.

§. 28. Ist durch die Verordnung im Anzeigeblatt für den Oberrheinkreis von 1832 Seite 369 und für den Mittelrheinkreis von 1824 Nr. 63 hinreichend erläutert.

§. 29. Ist durch die Justiz-Ministerial-Verordnung im Regierungsblatt 1812 Nr. 2 dahin modificirt, daß gesetzliche Pfandrechte auch ohne Eintrag in's Pfandbuch Wirksamkeit haben.

§. 30. Hierüber und über Landrechtssatz 2194 ist in der Instruction nichts enthalten, da die Sache das Pfandgericht nicht berührt.

B. Die Instruction für Pfandschreibereien.

§. 1. Hier heißt es: „Die Stadträthe und Dorfgerichte bilden (nach der Verornung von 1809, Regierungsblatt Nr. 53 §. 6.)" Das II. Einführungs-Edict ist aber keine Verordnung, sondern ein Gesetz.

§. 2. Das Amt hat die Anzahl der Seiten, so wie die erste und letzte Seite zu beurkunden, und Blatt für Blatt zu paraphiren (mit dem Namenszug des Beamten zu versehen.) *)

§. 3. Die Verwahrung hat in einem doppelschlüssigen Behälter zu geschehen, und einen Schlüssel der Bürgermeister und den andern der Rathsschreiber bei Handen zu behalten **).

§. 4. Die Angabe des Gegenstandes, auf welchen Unterpfand erlangt werden soll, ist jedoch bei gesetzlichen und richterlichen Pfandrechten nicht nothwendig ***), bei ersteren wenigstens nur, wenn eine Beschränkung des allgemeinen Pfandrechts auf einzelne Stücke in's Werk gesetzt wird. Die Schuldsumme muß in Zahlen und in Worten ausgedrückt sein *).

§ 5. Weiter wird auf der leer bleibenden Hälfte bemerkt:

d. wenn die Pfandverschreibung cedirt wird, und
e. wenn der Gläubiger einzelne Pfandstücke zum Behufe des Verkaufs oder anderweiter Verpfändung frei gibt.

§. 6. Der Beisatz: „er ist nichtig, wenn er kurz vor ausgebrochener Gant erfolgt ist rc." gehört offenbar nicht hierher, weil dadurch das Pfandgericht leicht zur Ansicht verleitet wird, es dürfe auf einen Schuldner keine Einträge mehr bewirken, wenn dessen Gant muthmaßlich bald ausbricht **), und zudem nicht unbestritten ist, ob der Eintrag wirklich ganz wirkungslos sei, oder nur den Gläubigern gegenüber, und ob überhaupt jene Bestimmung auch auf Ganten von Nichthandelsleuten zu beziehen sein dürfte ***).

§. 7. Hier ist noch beizusetzen, daß sowohl die Abänderungen, als die Beurkundung der Ungültigkeit eines Eintrags vom „Rathsschreiber" mit zu unterzeichnen ist, und weiter: „sobald ein Eintrag abgeschlossen, und bei bedungenen Pfandrechten die Pfandurkunde ausgefertigt ist, darf daran nichts mehr durchgestrichen, beigesetzt, eingeschaltet, oder anders geschrieben werden, selbst nicht mit Zustimmung oder unter Mitwirkung der Partien.

§. 8. Nämlich: „in einem Register die Gläubiger, in dem andern die Schuldner." Warum zwischen dem Namen und der Seitenzahl eine Linie frei bleiben soll, ist nicht abzusehen, wohl aber wäre sachgemäß, wenn unter der ersten Linie noch eine zweite leer bleiben müßte, um im Raum für die Seitenzahlen nicht beengt zu sein; z. B.:

Ratz Adam . . . . . S. 17, 18, 96, 110.

Ratz Benedict rc.

*) Anzeigeblatt für den Mittelrheinkreis 1827. S. 667.

**) §. 46 der Gemeinde-Ordnung. Anzeigeblatt für den Mittelrheinkreis 1845. S. 86.

***) Landrechtssatz 2148. Nr. 5, Abs. 2.

*) Regierungsblatt 1827. Seite 9, Abs. 7.

**) Der Eintrag ist jedoch nicht ungültig, wenn das Pfandgericht oder der Rathsschreiber nicht unterzeichnet sind. Bekk, S. 170. Note *,*.

***) Bekk, Seite 145 — 147.

„Index" ist „Namensverzeichniß" oder „Register."

§. 9. Nicht „jedem Besitzer einer unbeweglichen Sache" im Allgemeinen muß oder kann die Einsicht gestattet werden, sondern „jedem, der eine unbewegliche Sache besitzt, die im fraglichen Pfandbuch eingetragen ist," statt „interessirt" würde ich „betheiligt" sagen. Der Schluß: „jeder Auszug ꝛc." gehört gar nicht hieher, sondern zu §. 7.

§. 10. Nach — „den Gläubiger" sollte folgen: „dessen Gewerbe und Wohnort." Ueberhaupt hätte Landrechtssatz 2148, in so weit er die Erfordernisse des Eintrags aufzählt, ganz hieher aufgenommen werden sollen. Namentlich ist die Festsetzung eines bestimmten Wohnsitzes nach Landrechtssatz 1247 durchaus nothwendig, weil sonst die Zahlungen am Wohnort des Schuldners zu geschehen haben *), diese Wahl ist ein wesentliches Erforderniß des Pfandvertrags, aber nirgends in den Einträgen oder Auszügen, wohl aber in den Ausfertigungen des Amtsrevisorats erwähnt, was jedoch nicht ganz genügen dürfte, da immerhin der Eintrag entscheidend ist.

§. 11. Unter „Gericht" ist hier und wo es sonst vorkömmt, das „Pfandgericht" zu verstehen. Der Beizug eines verpflichteten Beistandes, und die gerichtliche Ermächtigung bei Uebernahme der Sammtverbindlichkeit durch die Ehefrau, fallen weg. Die Uebernahme der Sammtverbindlichkeit muß übrigens im Pfandeintrag erwähnt werden, was aber von den Rathsschreibern deshalb selten geschieht, weil dieser Umstand im Formular A. nicht angemerkt ist, auch nicht wohl angegeben werden konnte, weil sonst die Meinung erzeugt worden wäre, die Ehefrau übernehme überall die Sammtverbindlichkeit.

§. 12. Die Fassung dieses Paragraphen ist sehr mangelhaft, weil ohne Vergleichung des Landrechts mit solchem, geschlossen werden kann, ja beinahe muß, kein Minderjähriger, Mundtodter, keine Weibsperson (Frauensperson) könne Güter verpfänden, während der Landrechtssatz 2126 deutlich angibt, daß und wie die Güter Minderjähriger und Mundtodter verpfändet werden können. Der Schlußsatz „keine Weibsperson, letztere ohne Geschlechtsbeistand" ist wo möglich noch undeutlicher, indem die letzten Worte gar nicht zum ganzen Satze passen, und nicht zwischen „Frauensperson", welche ledig und großjährig, und einer Ehefrau unterschieden ist, welch erstere nicht ohne Beistand, und letztere nicht ohne Zustimmung eines Beistandes und ohne Ermächtigung des Ehemannes verpfänden konnte. Der Beistand fällt nun bei beiden weg.

*) Bekk, Seite 153. Brauer, I. 115 d.

§. 13. Die Worte: „ob keines der zum Unterpfande bestimmten Güter im Streite befangen", drücken doch wahrlich nur unvollkommen die Worte des Landrechtssatzes 2127 a. Abs. 1 aus: „daß der Schuldner dort — im Grundbuch — als Eigenthümer des zu versetzenden Guts eingetragen sei, auch daß keine oder welche auflösende Bedingungen, oder sonstige Beschränkungen der Verfügungsgewalt des Schuldners ꝛc. eingeschrieben sind."

Das Wiederkaufsrecht, namentlich Landrechtssatz 1673, hätten jedenfalls hier erwähnt werden sollen.

Das Wort „gesetzlichen" zwischen „Unterpfand oder — und Vorzugsrechte" fällt weg.

Am Schluß sollte noch beigefügt sein, „und zwar sowohl im Pfandbuch, als in den Auszügen."

Das Wort „gehaftete" ist unglücklich gewählt, und soll heißen: „haftende," denn zur Zeit der neuen Verpfändung haftet die frühere Unterpfandsschuld noch.

Hier drängt sich die Frage auf: Ist das ganze Pfandgericht auch in dem Falle sammtverbindlich haftbar, wenn es ein Mitglied beauftragt, das Geld zu erheben, und die frühere Schuld zu tilgen (wie allgemein üblich ist) und dieses Mitglied unterschlägt das Erhobene, oder geht damit durch? — Wäre die fragliche, ganz sachgemäße Maßregel im Landrecht oder II. Einführungs-Edict vorgeschrieben, und nicht blos als wohlgemeinter Rath nur in der Instruction, so wäre die Frage unbedingt zu bejahen, denn die den Pfandgerichten auferlegte Verantwortlichkeit vertritt die Stelle des Pfandrechts, ist also nach Landrechtssatz 2114 untheilbar, und eine wahre Sammtverbindlichkeit *), so aber möchten immer noch bedenkliche Zweifel der Bejahung entgegenstehen, und der Schuldner nicht ganz ohne Gefahr sein.

Es wäre hier der Schlußsatz: „und dafür sammtverbindlich haftbar ist," so wie die Einschaltung der Bestimmung des Landrechtssatzes 2127 a. Abs. 1: „das Pfandgericht haftet für allen Schaden, der daraus entspringt, wenn auf ein einzelnes Gut, welches nicht im Grundbuch als Eigenthum des Schuldners angegeben ist, ein Eintrag bewilligt wird", ganz am Platze gewesen, obgleich dadurch

*) Oberhofger. Jahrb. N. F. II. S. 173.

obige Frage nicht erledigt wäre, weil die Instruction keine Gesetzeskraft hat.

§. 14. Zwischen „Lage" und „Anstößern" gehört: „Benützungs- oder Culturact", hinter „bemerken" am Schlusse des 3. Abs. dürfte beizusetzen sein: „immerhin ist aber eine gerichtliche Schätzung nothwendig."

Bei Stiftungen wird nur 1/3 des Brandversicherungsanschlags zu Versatz angenommen *), also zum doppelten Versatz 2/3 desselben.

Statt „vergleichend" soll es heißen: „zur Vergleichung."

Der Schluß dürfte so zu fassen sein: „Wenn das Pfandrecht auf mehrere Güterstücke gegeben wird, so ist die Schätzung bei jedem Posten auszusetzen, und sodann von allen Versatzstücken in eine Summe zu ziehen."

§. 15. Hinter „werden" muß folgen: „und zwar in Zahlen und Worten." Dem Ganzen ist noch beizufügen: „auch ist zu bemerken, daß, zu wie viel vom Hundert, und von welchem Tage an, die Schuldsumme verzinst werden muß." (Landrechtssatz 1907.) Endlich sollte noch bemerkt sein: „auch ist der bedungene Zahlungswohnsitz zu erwähnen."

§. 16. Von einem „Protokolle" ist bisher in der Instruction noch nichts erwähnt worden, statt „in dem erwähnten Protokoll" dürfte es heißen sollen: „im Eintrag, den Auszügen ꝛc."

Das Pfandgericht darf solche Güter gar nicht zu Pfand annehmen, bis die Einwilligung vorgelegt wird, und diese ist sodann im Eintrag zu erwähnen, und als Beilage, wie §. 2 ersichtlich, zu behandeln. Die Fassung in der Instruction ist ganz unklar, und könnte darin gefunden werden, das Pfandgericht könne auch ohne Einwilligung solche Güter zu Pfand annehmen, wenn aber allenfalls eine solche vorliege, so müsse sie erwähnt werden.

§. 17. Der Eintrag wird nur einmal vorgelesen, die Worte: „noch einmal" fallen also weg; sie könnten höchstens da gebraucht werden, wo der Pfandvertrag schon abgeschlossen und unterzeichnet zum Eintrag vorgelegt wird.

Der Schluß des 1. Abs. dürfte heißen: „worauf sich der Schuldner (erforderlichen Falls mit seinem Pfleger) und die Ehefrau (wo diese mitwirkt) so wie allenfallsige Dritte als Versatzgeber, und dann das ganze Pfandgericht mit dem Rathsschreiber unterzeichnet." Statt einem müssen nun zwei Auszüge an das Amtsrevisorat eingesendet werden, wovon einer in die Pfandurkunde eingeheftet, und der andere beim Amtsrevisorat aufbewahrt wird *).

§. 18. Der Satz ist zu ausgedehnt und deshalb leicht mißzuverstehen. Hinter „bedarf" sollte der Schlußsatz folgen: „geschieht in das Pfandbuch ꝛc." und dann müßte folgen: „nämlich: der Minderjährigen auf die Liegenschaften ꝛc."

Das Gesetz gibt kein Unterpfandsrecht auf das Vermögen des „Pflegers" (außer im Falle des Landrechtssatzes 814 und II. Einführungs-Edict §. 10) wohl aber auf das Vermögen des „Vormunds." Es muß also heißen: „auf die Liegenschaften des Vormunds, oder im Fall des Landrechtssatzes ꝛc. des Pflegers."

Von „Ehefrauen" muß es heißen: „der in Gütergemeinschaft lebenden."

Das Pfandrecht des Verkäufers wegen des Kaufschillings **) ist nicht eintragsfrei, sondern muß zur Wahrung in das Grundbuch eingetragen werden, und geschieht in's Pfandbuch nur dann, wenn dasselbe auf einen Darleiher des Kaufschillings übertragen werden soll, wo jedoch auch der Eintrag in's Grundbuch genügt.

„Desjenigen, welcher das Geld unter Beobachtung der gesetzlichen Formen dazu vorschoß," ist unverständlich, weil nicht gesagt ist, zu was das Geld vorgeschossen sein muß. Nimmt man den Landrechtssatz 2108 zur Hand, so zeigt sich, daß es „der Darleiher zur Bezahlung des Kaufschillings oder eines Restes desselben" sein soll, und muß daher der Satz heißen: „Desjenigen, welcher zur Bezahlung des noch ganz oder zum Theil stehenden Kaufschillings dem Käufer eines Grundstücks das Geld unter Beobachtung der gesetzlichen Form (Landrechtssatz 2103, Abs. 2) vorgestreckt hat."

„Der Miterben auf die Grundstücke der Miterben" ist nicht gut gesagt, und soll nach Landrechtssatz 2103, Abs. 3

*) Regierungsblatt 1827. S. 9, Abs. 8.

*) Regierungsblatt 1830. S. 92. Notarialsblatt 1846. S. 65.

**) Nicht nur des „Kaufschillings-Restes." (Landrechtssatz 2103 Abs. 1.

ßen „Der Miterben auf die Grundstücke der Erbschaft" *) — denn die nicht aus der Erbschaft herrührenden Grundstücke ergreift dieses Vorzugsrecht nicht — „zur Sicherheit der Theilung, der Gewähr für solche und der Gleichstellungsgelder." Nach Landrechtssatz 2109 wird übrigens dies Vorzugsrecht durch Eintrag in's Grundbuch, und nicht in's Pfandbuch, gewahrt **).

„Der Baumeister, Maurer ꝛc. wegen geleisteter Arbeit;" hier dürfte beizusetzen sein: „in den Landrechtssatz 2103, Abs. 4 bemerkten Fällen und vorgeschriebenen Formen."

Weitere Vorzugsrechte haben:

„Das Zehntablösungs-Kapital mit zweijährigen Zinsen (das keiner Eintragung bedarf) auf das zehntbare Grundstück" ***).

„Die Gilt- und Zins-Ablösungs-Kapitalien ebenso" †).

„Die Staatskasse wegen ihrer Ersatzforderungen für Unterstützungskosten auf die Liegenschaften ††) des Verurtheilten, Landrechtssatz 2102 b., 2105 a. †††), muß aber innerhalb zwei Monaten vom Tag des ersten Urtheils an eingetragen werden.

„Nöthige Bescheinigung" darunter ist zu verstehen: „die nach Landrechtssatz 2148 vorzulegende Urschrift oder beglaubigte Ausfertigung des Urtheils oder der Urkunde, auf welche sich das Vorzugsrecht gründet."

Die Citirung des Landrechtssatzes 2148 Nr. 5 ist falsch und soll es wohl nur heißen „Landrechtssatz 2148."

Hier muß übrigens bemerkt werden, daß bei uns das Pfandgericht den Pfandvertrag entwirft, daß also Landrechtssatz 2148 nur darin Wirkung hat, insofern er vorschreibt, welchen Inhalt der Eintrag haben muß, nicht aber wie in Frankreich, welche Erfordernisse der dem Pfandgericht (Hypothekenbewahrer) vorzulegende Pfandvertrag haben müsse. Statt des Eingangs von „Um" bis „müssen" sollte es also in diesem Landrechtssatze heißen: „Der Eintrag muß enthalten:" *).

Der Gläubiger, oder dessen Gewalthaber, der den Eintrag verlangt, muß nach den Formularen derselben unterzeichnen, welche Vorschrift hieher gehört hätte, wo es sodann heißen würde:

„Die Unterschrift des Pfandschuldners ist nicht nöthig, wohl aber jene des Gläubigers, oder seines Gewalthabers, und des ganzen Pfandgerichts mit dem Rathsschreiber."

Der Satz: „da die gesetzlichen Vorzugsrechte durch bloßen Eintrag in's Pfandbuch bewahrt werden" ist unrichtig und unvollständig, denn das Unterpfandsrecht der Mündel und Ehefrauen tritt nach Landrechtssatz 2135 frei von jeder Eintragung ein und wird wohl nach Landrechtssatz 2136 durch Eintrag in's Pfandbuch nur für Dritte offenkundig gemacht, nicht aber gewahrt; die Vorzugsrechte der Verkäufer und Erben werden durch Eintrag in's Grundbuch oder Pfandbuch gewahrt (Landrechtssatz 2106, 8 und 9) und jenes der Bauunternehmer nur durch Eintrag in's Pfandbuch. Die Instruction hat also ganz heterogene Rechte zusammengeschachtelt, und wie überall auch hier nicht zwischen Vorzugs- und Pfandrechten unterschieden.

§. 19. Dieser Paragraph soll wohl heißen: „Ist das einzutragende Pfandrecht ein gesetzliches oder richterliches, so ergreift der Eintrag desselben stillschweigend, also ohne Benennung der einzelnen Stücke, alle in der Gemarkung gelegene gegenwärtige und zukünftige (d. h. später erworbene) Liegenschaften des Schuldners, insofern solches nicht auf besondere Stücke beschränkt wird." Landrechtssatz 2148, Nr. 5, Abs. 2. In seiner jetzigen Fassung gibt er nur dann einigen Sinn, wenn man den Nachdruck auf „welches" legt.

§. 20. Hinter „antragen" muß folgen (Landrechtssatz 2143 und 2144.)

Durch die Verordnung des Ministeriums des Innern

*) Eben so „der abtheilenden Ehegatten und Gesellschafter auf die Grundstücke der Theilungsmasse." Bekk, S. 131.

**) Bekk, S. 134. nach S. 140 leistet aber nach Landrechtssatz 2106 der Eintrag in's Pfandbuch den gleichen Dienst, dürfte jedoch nach Landrechtssatz 2113 kein Vorzugs- sondern nur ein Pfandrecht bewirken, daher jedenfalls der Eintrag in's Grundbuch während 60 Tagen vorzuziehen sein.

***) Regierungsblatt 1833. Nr. 49, S. 469.

†) Regierungsblatt 1825. Nr. 8. S. 55.

††) So weit die Fahrnisse nicht zureichen.

†††) Regierungsblatt 1836. Nr. 32. S. 251.

*) II. Einführungs-Edict §. 26. Bekk, Seite 169.

vom 5. Juli 1824, Verordnungsblatt für den Mittelrheinkreis 1824 Nr. 63 ist bestimmt, wie das Verfahren bei Beschränkungen des allgemeinen Pfand- und Vorzugsrechtes auf einzelne Güter sein solle, und daß das „Amt für den durch allzugroße Beschränkung erwachsenden Schaden haftbar sein solle, wenn solche gegen den Willen der Partien geschah. Hierdurch ist nun die in §. 20 der Instruction dem Pfandgerichte aufgebürdete Haftbarkeit weggefallen.

Der Schlußsatz: „der Eintrag wird in diesem Falle gemindert" ist ganz undeutsch, indem nicht der Eintrag gemindert wird, sondern der Umfang des Pfand- oder Vorzugsrechtes.

§. 21. Dieser Paragraph handelt, wie er in seiner jetzigen Fassung dasteht, nicht vom Eintrag von Unterpfandsrechten, sondern vom Eintrag von Vorzugsrechten, wie die Formulare F. und G. zeigen. Der Paragraph will also sagen: „Soll ein Vorzugsrecht eingetragen werden, das ein bestimmtes Liegenschaftsstück zum Gegenstand hat, so muß dasselbe im Eintrag auch ausdrücklich benannt werden."

Einen andern Sinn können wir nicht finden, da es keine gesetzlichen Pfandrechte gibt, die sich auf „einzelne" bestimmte Liegenschaften beziehen, außer den im vorhergehenden Paragraphen abgehandelten.

§. 22. Ist ganz überflüssig, da alles hier gesagte schon im §. 18 am Schlusse ausgesprochen ist.

§. 23. Der Schlußsatz der ersten Abtheilung: „sobald die im Landrechtssatz 2148 Nr. 1—4 beschriebenen Scheine beigebracht sind" fällt weg, da es lediglich des Eintrags des Urtheils, oder der vor Gericht anerkannten Urkunde bedarf, um das Pfandrecht zu wahren, was auch die zweite Abtheilung dieses Paragraphen anerkennt.

Die Controverse, ob ein unbedingter Zahlungsbefehl ein richterliches Pfandrecht begründe? muß anderwärts gelöst werden.

Die etwas undeutliche Uebersetzung der ersten Abtheilung des Landrechtssatzes 2120, namentlich des Eingeklammerten, hat eine Controverse in's Leben gerufen, als ob eine öffentliche Urkunde auch ohne darauf gestütztes Urtheil ein richterliches Pfandrecht gebe. Das Eingeklammerte wird aber wohl heißen sollen: (jedoch nur, wenn die damit bezeugte Schuld verfallen, eingeklagt, und ohne Gegenrede eingestanden, mithin Urtheils nicht weiter bedürftig, was Alles bei einer öffentlichen Urkunde nicht nothwendig ist *).

In Frankreich ist jede öffentliche Urkunde mit executorischer Formel versehen, und hat Urtheilskraft, oder ist ein vollzugsreifes Urtheil, daher mußte für Baden, wo dies nicht der Fall ist, der Satz wesentlich verändert werden, indem auch die öffentlichen Urkunden erwähnt, und diesen ein Vorrang über die Privaturkunden eingeräumt wurde.

§. 24. Fällt weg und tritt an seine Stelle die Verordnung im Regierungsblatt 1826 Nr. 10 und letztlich die Justizministerial-Verordnung vom 2. Februar 1844, Nr. IV. S. 19 und da in Folge der letztern wohl schwerlich mehr Erneuerungen noch vorhandener Pfandbücher vorkommen werden, so ist neue Redigirung dieses Paragraphen überflüssig.

Höchst auffallend ist, wie dieser Paragraph mit den Worten beginnen konnte: „Wenn in Gemäßheit des Landrechtssatzes 2154 Erneuerungen nachgesucht werden" da doch dieser Landrechtssatz durch höchstlandesherrliche Verordnung im Regierungsblatt 1819 Nr. 23 für Baden bis auf Weiteres außer Wirkung gesetzt, die Instruction aber erst am 6. September 1822 erlassen worden ist.

§ 25. Fällt weg und tritt an seine Stelle die Verordnung im Regierungsblatt 1842 Nr. 24, deren §. 2 durch die Verordnung im Verordnungsblatt für den Mittelrheinkreis 1845 Nr. 9 Seite 27 näher erläutert wurde.

§. 26. Der Anfang: „Nach geschehenem Eintrag — anders geschrieben werden" fällt hier weg und gehört unter §. 7.

Das Wort „Betheiligten" gehört klein geschrieben, und hinter „Rechtsurtheil" sollte folgen: „welches solche verfügt."

*) D. h. die durch öffentliche Urkunde bewiesene Schuld muß nicht verfallen, eingeklagt oder eingestanden sein, wohl aber die durch Privaturkunde bewiesene.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 49. Karlsruhe, den 4. December 1847.

I.

Einige Worte über das badische Pfandwesen.

(Schluß.)

Das mangelhafte Formular Lit. i. ist durch die Justizministerial-Verordnung vom 22. August 1826 *) verworfen, und ein anderes vorgeschrieben. Hinsichtlich der öffentlichen Verrechnungen ist eine Ausnahme gemacht, und es genügt **) ein von diesen ausgestellter besiegelter oder vom Bürgermeister beglaubigter Löschungsschein ***).

Beide Verordnungen ergänzen und vervollständigen diesen §. 26 und das Formular zu solchem. Der Schlußsatz: „Diese Bemerkung unterzeichnet das Pfandgericht ꝛc." soll wohl heißen, und zwar nach „die Veranlassung beigesetzt": „welche in Form eines Protokolls abgefaßte Beurkundung (nach anliegendem Formular) des vorgenommenen Pfandstrichs, das ganze Pfandgericht mit dem Rathsschreiber zu unterzeichnen hat."

Wie der §. 1056 der Proceß-Ordnung zu verstehen ist, ob er nämlich blos ein Fingerzeig für den Richter oder eine Vorschrift für das Pfandgericht sein solle, wie also bei Löschung von Einträgen, in Folge jener Gesetzesvorschrift verfahren werden muß, gibt zu vielen Bedenklichkeiten Anlaß, welche sich zur besonderen Erörterung eignen.

Als §. 27 dürfte noch einzurücken sein, was die höchste

*) Anzeigeblatt für den Mittelrheinkreis 1826 Nr. 73.

**) Jedoch nur auf eigene Gefahr und Verantwortlichkeit des Pfandgerichts.

***) Regierungsblatt 1833 Nr. 36.

Verordnung im Regierungsblatt 1836, Nr. 53, S. 353 bis 355 §. 10 sagt:

„Wenn öffentliche Bücher der zu ihrer Führung bestellten Behörde, wegen deren Fortsetzung, und wegen ohne Verzögerung zu bewirkender Einträge in dieselben, wie es bei Grund- und Pfandbüchern der Fall ist (Landrechtssatz 2199) unentbehrlich sind, so können solche der Behörde nicht abgefordert werden, um sie bei den Acten zu behalten."

„Ist die Vorlegung dieser Bücher in Urschrift nicht zu umgehen, so ist eine besondere Tagfahrt anzuordnen, in welcher ein Mitglied oder ein sonstiger Bevollmächtigter der zur Führung der Bücher bestellten Behörde die Vorlage persönlich besorgt, sofort die Bücher wieder alsbald zurückbringt."

Wir haben nun die Instruction, so weit sie überhaupt eine Kritik aushalten kann, vollständig kritisirt, müssen aber zu unserem Bedauern gestehen, daß wir mehrere wesentliche Vorschriften darin vermißt haben, namentlich:

a. über die Führung des im Landrechtssatz 2200 vorgeschriebenen Tagebuchs (Vormerkbuch) *), das der Rathsschreiber zu führen haben solle, und das aus Mangel solcher Vorschrift unseres Wissen auch nirgends (vielleicht in den größern Städten?) geführt wird; und eben so

b. über die Erfordernisse der im Landrechtssatz 2127 a und 2199 a erwähnten Sperrscheine. Beides sind folgenreiche Institute, und es kann nicht wohl angenommen werden, daß das erstere derselben, durch diese Nichterwähnung in der Instruction, als stillschweigend aufgehoben, resp. als nicht eingeführt

*) Notariatsblatt 1846 S. 4 – 20.

anzusehen sei, auch könnte dies nur im Wege der Gesetzgebung geschehen.

Daß unter solchen Umständen, das Pfandwesen wie es nach dem Landrecht sein sollte, ein ganz anderes ist, als jenes, das sich in Folge mangelhafter Instructionen ausgebildet, oder vielmehr nicht ausgebildet hat, sondern im Zustande der Kindheit stehen geblieben ist, wird Jedem, der nur einen einzigen Blick tiefer hineinfallen läßt, ohne weitere Ausführung klar, und eben so, daß eine umfassende Aenderung, auf irgend eine Weise, Noth thut. Genügt unser jetziges Pfandwesen, so fasse man die Instruction deutlich und verständlich ab, und ändere hiernach im Landrecht alles damit nicht Uebereinstimmende; genügt es nicht, so führe man alle Institute, die das Landrecht hinsichtlich des Pfandrechts verlangt, in's Leben ein, und gebe darüber umfassende Instructionen für die Vollstrecker. So wie es jetzt vor uns liegt, ist das Pfandwesen jedenfalls in höchst ungeregeltem Zustande.

Wir haben im Eingange gesagt, daß ein Uebelstand auch darin liege, daß wir keine populäre Bearbeitung des Pfandrechts besitzen *). Der Uebelstand ist unbestreitbar da, aber Abhülfe ist beinahe unmöglich, weil, wenn das Gesetz auch noch so klar und einleuchtend erläutert wird, immer noch einzelne Institute zum Vollzug fehlen, also stets eine Lücke bleiben muß, die nur der Gesetzgeber ausfüllen kann.

Zum Schlusse wollen wir noch die verschiedenen, der Instruction angehängten Formulare einer Prüfung unterwerfen und beginnen mit Formular:

Lit. A. Der Eingang: „Vor dem unterschriebenen, heute versammelten Ortsgerichte erschienen heute" ist durchaus nicht entsprechend, da nach §. 4 der Instruction alle gegenwärtigen Mitglieder des Pfandgerichts als anwesend namentlich aufgeführt werden müssen, und weil hier nicht das „Ortsgericht", sondern das „Pfandgericht" verhandelt. Es sollte also heißen: „Vor den heute versammelten Mitgliedern des Pfandgerichts:

Bürgermeister N. N.
Gemeinderath N. N.
„ N. N. und
Rathsschreiber N. N. sind erschienen:"

*) Dem Vernehmen nach erscheint nächstens eine solche von Herrn Oberamtmann v. Reichlin.

Statt „Frau" sage „Ehefrau" —, „mit dem verpflichteten Beistande rc." fällt weg. Nach „zugesagt" muß folgen: „ihnen", denn es ist doch gewiß wesentlich, daß gesagt ist, an wen das Darlehen erfolgt ist, oder erfolgen soll. Hinter — „1000 fl." muß es heißen: „Mit Worten Eintausend Gulden." — Hinter: „Hundert" muß stehen: „vom . . . . . . d. J. an", weil der Beginn der Verzinsung eben so wesentlich ist *). Hinter: „darzuleihen" sollte folgen: „welches Darlehen sie nach einer dreimonatlichen, jedem Theil frei stehenden Aufkündigung **) im Wohnorte des Gläubigers als dem bedungenen Zahlungs-Wohnsitz rückzuzahlen versprechen." Der Landrechtssatz 2148 Abs. 1 verlangt ausdrücklich den Zahlungs-Wohnsitz erwähnt, und Abs. 4 dieses Landrechtssatzes auch die der Kapitalsumme anhängende Nebenverbindlichkeit (worunter wohl die Aufkündigungsfrist gehört) und endlich die Verfallzeit (jedoch nur bei bedungenen Pfandrechten). Wohl wird eingewendet, daß all dieses erst in den vom Amtsrevisorat auszufertigenden Pfandvertrag gehöre, allein wir glauben, daß in solchen nichts gehöre, als was in dem Eintrag (dem Entwurf des Pfandvertrags) enthalten ist, insbesondere da der Schuld- und Pfandvertrag so enge verbunden sind, daß schwer auszuscheiden ist, was in den einen oder den andern gehört.

Weiter: „Auf vorbeschriebene Unterpfänder ist im Grundbuch wegen Kaufschillingsrest, und im Pfandbuch wegen Vorzugsrecht eingetragen" ist sehr mangelhaft gesagt, da es heißen soll: „im Grundbuch wegen Vorzugsrechten, und im Pfandbuch wegen Vorzugs- und Pfandrechten eingetragen." Kaufschillinge sind ja gerade Vorzugsrechte, deren aber auch noch andere in's Grundbuch eingetragen werden ***), in's Pfandbuch aber werden nebst den Vorzugsrechten ja hauptsächlich die Pfandrechte eingetragen.

Statt: „und alles dieses genehmigt" dürfte es heißen: „von diesen in allen Theilen genehmigt und eigenhändig unterzeichnet."

„Verpflichteter Beistand" fällt weg.

*) Landrechtssatz 2131 und 2218 a. Abs. 5.

**) Bekk, S. 164 und 165 über die Verfallzeit.

***) Man sehe auch Bekk, S. 142.

Statt „Ortsgericht“ lese „Pfandgericht.“

Formular I. ist aufgehoben und fällt ganz weg, m. s. oben zu §. 26 der Instruction.

Formular B. Statt „Actum“ lese „Geschehen“ und so überall, wo es vorkömmt. — „In Gegenwart der versammelten Mitglieder des Pfandgerichts, namentlich N. N und N. N.

„Am obigen Tage erschien“ — setzt eine Vergangenheit voraus, da aber der Act in Gegenwart des erschienenen Waisenrichters aufgenommen, also eine gerade vor sich gehende Handlung beurkundet wird, so muß es heißen: „Heute erscheint“, weiter: „des verstorbenen Schneiders Ludin als Pfleger bestellt sei;“ ist mangelhaft und muß heißen: „des verstorbenen Schneiders N. Ludin von hier, Namens N. und N. als Vormund bestellt, und unterm 24. Juli d. J. Nr. — amtlich verpflichtet sei;“ denn Vorname des Erblassers, Name der Kinder und der Verpflichtungstag sind gewiß eben so nothwendig, wie der Ausdruck „Pfleger“ statt „Vormund“ unpassend.

Formular C. Der Eingang wie ad B.

Hinter „bestehet“ dürfte folgen: „das sie nach §. 1 des Ehevertrages bei einstiger Vermögens-Absonderung (oder Gemeinschafts-Auflösung) rückzufordern berechtiget ist“ *) und der Schluß „und zum künftigen Gebrauch notirt“ will gar nichts sagen, und wird wohl heißen sollen: „und für Dritte offenkundig gemacht.“

Der Ehemann hat den Eintrag zu unterzeichnen, und sohin das ganze Pfandgericht mit dem Rathsschreiber.

Formular D. Der Eingang wie ad B.

Der Eintrag dürfte heißen: „Herr N. N., derzeit Pfarrer dahier, erscheint, und zeigt dem Pfandgericht an, daß der zum Verrechner des Kirchenfonds gewählte hiesige Bürger N. N. von der Staatsbehörde bestätigt, und unterm Gestrigen, Nr. — amtlich verpflichtet worden. Da nun dem von ihm zu verwaltenden Fond das gesetzliche Pfandrecht auf das Vermögen des Rechners zusteht, so bitte er zu dessen Wahrung **) um den Eintrag in's Pfandbuch, welchem Gesuche hiermit willfahrt wird.“ Der Ausdruck „zum künftigen Gebrauch“ statt „zur Wahrung“ scheint uns unglücklich gewählt. — In dem Formular B. und C. ist die Summe des Vermögens benannt, für welches das gesetzliche Pfandrecht vorgemerkt wird, was aber nach Landrechtssatz 2153 Abs. 3 nicht nothwendig ist, wogegen aber Natur und Eigenschaft der Rechte ausdrücklich bezeichnet werden muß *).

Formular E. Eingang wie ad B.

Der ganze Eintrag ist unpassend, da vorerst das vorgeschriebene Verfahren eingeleitet werden, und die Beschränkung staatspolizeilich genehmigt sein muß, ehe der Eintrag in's Pfandbuch bewirkt wird. Folgendes Formular dürfte besser entsprechen: „Heute erscheint Schneidermeister N. N. von hier, und trägt vor: Er seie unterm — — Nr. — als Vormund für die zwei minderjährigen Kinder des verstorbenen Ackermanns N. N. von hier verpflichtet, und das gesetzliche Pfandrecht der Kinder durch Eintrag vom — — Band — S. — des Pfandbuchs offenkundig gemacht worden. Da er durch dieß allgemeine Pfandrecht in der Verfügungsgewalt über sein Eigenthum allzusehr beengt werde, so habe er das Ansuchen gestellt, dasselbe auf einzelne, und zwar die nachbeschriebenen Güterstücke zu beschränken, welchem Gesuche, in Berücksichtigung, daß das Vermögen der Kinder nur 600 fl. beträgt, und zu $^{2}/_{3}$ in Liegenschaften besteht, auch nach vor sich gegangener Einvernahme der Betheiligten, durch amtlichen Erlaß vom — Nr. — Statt gegeben wurde. Die statt allgemeinen Unterpfands eingesetzten Güterstücke sind:

$^{1}/_{2}$ Morgen Acker im Loh, neben ꝛc., gerichtlich geschätzt . . . . 200 fl.

$^{1}/_{4}$ Morgen Wiesen im Grün, neben ꝛc., gerichtlich geschätzt . . . . 150 fl.

Dies hat der Vormund und das Pfandgericht auf Vorlesen zur Beurkundung eigenhändig unterzeichnet.“

Formular F. Eingang wie ad B.

Die Worte “Contracten- und“ fallen weg, dagegen ist hinter „Grundbuch“ einzuschalten: „Band — Seite —“,

---

*) Da ihm für jenes Beibringen, das in die Gemeinschaft fällt, ein Pfandrecht nicht zustehen kann.

**) Da das Pfandrecht gegen öffentliche Verrechner ohne Eintrag keine Wirkung hat.

*) Bekk, S. 159 und 160.

statt „Unterpfandsrecht" muß es heißen „Vorzugsrecht" und das Wort „daher" am Schlusse fällt als überflüssig weg. Uebrigens wird hier wiederholt, daß nach dem Wortlaut des Landrechts ein Eintrag in's Grundbuch genügt, und ein Eintrag in's Pfandbuch zwecklos ist, wo ersterer bereits vollzogen worden.

Formular G. Eingang wie ad B.

Das Wort „Pfandschreiberei" bedeutet zwar nach dem Erlaß des Ministeriums des Innern vom 3. Juni 1825 *) so viel als „Pfandgericht", ist aber unpassend, weil es leicht zur Meinung verleitet, der Rathsschreiber habe hier allein zu handeln. „Dato" soll heißen „Heute"; hinter Bruder muß nothwendiger Weise der Name desselben folgen, weil sonst der Eintrag wirkungslos ist.

Vor „Hofgut" in der zweiten Abtheilung muß es heißen: „auf das aus der väterlichen (mütterlichen) Abtheilung übernommene."

Statt „Erbtheil" muß es heißen „Erbgleichstellungsgeld" und statt „Unterpfands-" oder „Pfandrecht" muß es heißen „Vorzugsrecht."

Formular H. Eingang wie ad B.

„Heute" statt „dato" — „erscheint" statt „erschien" — „legt" statt „legte" — statt „de dato" lese man „vom" — nach „des Inhalts" muß folgen: „In Sachen des N. N. von K. gegen N. N. von L., Forderung aus einem Viehhandel (Darlehen rc.) betreffend, wird nach gepflogener Verhandlung zu Recht erkannt:" rc. — statt „zu ertheilen" lese man „einzutragen" und zwar in folgender Fassung: „so bitte er das ihm aus diesem Urtheil zustehende richterliche Pfandrecht durch Eintrag auf das gegenwärtige und zukünftige liegenschaftliche Vermögen seines Schuldners zu wahren." — Der Schluß: „Auf dieser Liegenschaft — beurkundet" fällt als überflüssig ganz weg, und dürfte blos zu sagen sein; „Wir haben diesem Gesuche, wie oben ersichtlich, willfahrt, und sohin eigenhändig unterschrieben." Die Aufzählung der früheren Pfandrechte ist hier ganz werthlos, da ja das Pfandgericht nur den Eintrag rechzeitig zu besorgen, aber nicht zu gewähren hat.

*) Anzeigeblatt für den Dreisamkreis 1825. S. 561.

Bemerkt wird hieher noch, daß wenn eine Vollstreckungs-Verfügung auf Liegenschaften in Folge der Vorschrift des §. 1030 der Proceß-Ordnung durch Eintrag in's Pfandbuch offenkundig gemacht wird, dies keine weitere Förmlichkeiten erfordert, als Ort und Datum, und zum Eingang: „Heute wird nachfolgende Verfügung zum Eintrag in's Pfandbuch vorgelegt: rc."

Schließlich müssen wir noch eines Bedenkens erwähnen, das uns schon verschiedentlich aufgestoßen ist: Nach der neuen Gemeindeordnung ist der Rathsschreiber kein Mitglied des Gemeinderaths, hat also auch keine Haftbarkeit auf sich, in den Fällen, wo das Pfandgericht zu haften hat. Nach §. 14 der Verordnung im Regierungsblatt 1833 Nr. XV. S. 81 soll oder kann nur mit dem Rathsschreiber ein Uebereinkommen dahin geschlossen werden, daß er die Mithaftbarkeit auf sich nimmt, dagegen aber im Verhältniß der Haftbarkeit an den Gebühren des Pfand- oder Gewährgerichts Theil zu nehmen hat. Solche Verträge bestehen nun beinahe überall, sind aber nirgends in öffentlicher Form beurkundet, und es dürfte sich nun sehr fragen, ob durch solche das Pfandgericht gegenüber dem Rathsschreiber gesichert sei, überhaupt dem Rathsschreiber eine Haftbarkeit darauf hin aufgebürdet werden könne? — Um als Privaturkunden zu gelten, müßten so viel Ausfertigungen gemacht werden, als es Betheiligte sind, was aber gewiß an wenigen Orten geschehen sein wird. Das Pfandgericht scheint uns daher durch solche unvollkommene Verträge gefährdet, indem es eines Theils am Gewährgeld einbüßt, anderntheils nur eine zweifelhafte Ersatzklage hat.

Sollte diese Kritik bei den Lesern dieses Blattes Anklang finden, und mir zur Fortsetzung Aufmunterung zu Theil werden, so würde ich solche liefern in einem „Versuch einer verbesserten Instruction für Pfand- und Gewährgerichte, nebst den als Grundlage dienenden Gesetzes-Vorschlägen."

Offenburg, den 6. October 1847.

Greiher,
Notär und Amtsrevisoralsgehilfe.

II.

Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren.

Der Steigerer kann erst gegen die richterliche Verfügung appelliren, durch welche seine Einsprache gegen die von einer Partie erwirkte Aufhebung einer Zwangsversteigerung verworfen wird!

Dem Valentin Schüßler von Trienz wurden auf Betreiben eines Pfandgläubigers Liegenschaften im Wege der Vollstreckung versteigert, deren einige dem Georg Konrath von dort zugeschlagen wurden.

Der Gläubiger bewirkte jedoch bei Gericht die Aufhebung jener Versteigerung und die Anordnung einer neuen mit abgeänderten Bedingungen.

Gegen diese gerichtliche Verfügung appellirte der Steigerer G. Konrath; die Berufung wurde jedoch durch Verfügung des Großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises (II. Civ. S.) vom 19. Mai 1847 als unzulässig verworfen und zwar aus folgenden Gründen:

Der Steigerer, zu dessen Nachtheil der Richter die Versteigerung aufgehoben hat, bei welcher Jener Eigenthumsrechte erwarb, ist zwar Dritter im Rechtsstreite, aber dem ohngeachtet bei Aufrechthaltung der Versteigerung betheiligt; es muß ihm daher ein Rechtsmittel zustehen, um den ihm durch die richterliche Verfügung drohenden Schaden, den Verlust seines kaum erst erworbenen Eigenthumsrechts, abzuwenden.

Das Rechtsmittel der Beschwerdeführung welches den Parteien gegen Form-Verletzungen des Richters eingeräumt ist, kann, auch abgesehen davon, daß es schon seiner Bestimmung nach Dritten nicht zukommen kann, da nicht statt finden, wo es sich um Anerkennung von Eigenthumsrechten handelt.

Dem Steigerer kömmt hiernach in dem vorliegenden Falle zwar nur das Rechtsmittel der Berufung zu, allein nicht unmittelbar gegen jene, nicht ihm gegenüber erlassene Verfügung. Er hat vielmehr, da sie mittelbar sein Eigenthumsrecht gefährdet, ihre Beseitigung vorerst vor dem Unterrichter und zwar durch Erhebung einer Einsprache zu versuchen und erst, wenn ihm dieser Versuch mißlungen ist, kann er gegen die sein Gesuch abweisende und somit sein Eigenthumsrecht absprechende, gegen ihn unmittelbar erlassene Verfügung des Unterrichters die Hülfe des Obergerichts nach §. 1172 der Proceßordnung mittelst des Rechtsmittels der Appellation in Anspruch nehmen.

Dieses steht selbst einer Partie gegen Urtheile, welche weder auf wechselseitiges Gehör erlassen sind, noch ein von derselben gestelltes Gesuch von vornherein verwerfen, nur dann zu, wenn eine auf einseitigen Antrag des Gegentheils erlassene Verfügung auf die nachträgliche Bekämpfung jenes Antrags demohngeachtet bestätigt wird, wie sich aus §. 718 der Proceßordnung ergibt, ein Grundsatz, welcher um so mehr festgehalten werden muß, wenn eine dritte, im Streit bisher nicht befangene Person sich durch Gewährung eines von einer der Partien gestellten Gesuchs beschwert erachtet.

Stempf.

III.

1) **Ein schriftlicher Vertrag, es mag die schriftliche Abfassung gesetzlich geboten oder in dem Willen der Parteien gelegen sein, wird erst mit der Vollendung der schriftlichen Abfassung in allen einzelnen Bestandtheilen und Erfordernissen namentlich mit der Unterschrift der Parteien perfekt.**
2) **Der Negatorienkläger hat nicht zu behaupten und zu beweisen, daß der Erwerb seines Eigenthums in das Grundbuch eingetragen sei (vergl. Annalen VIII. Nr. 46 X. Seite 297).**

Ruf erhob gegen Willmann eine Negatorienklage, mittelst welcher der Kläger die Anerkennung der Freiheit seines Hofraums von einer Wasserleitungsgerechtigkeit verlangte. Der Beklagte hatte nicht bestritten, vielmehr zugestanden, daß der Kläger Eigenthümer des Hofraums sei, und sich wirklich im Besitze desselben befinde. Es herrschte zwischen den Parteien nur über die Wasserleitungsgerechtigkeit Streit, welche der Beklagte zu Gunsten seines Hofraums in Anspruch nahm. Der Unterrichter pflog Verhandlungen hierüber, nahm auch einen Augenschein ein und versuchte hiebei einen Vergleich zu Stande zu bringen. Es wurde auch in der That ein Vergleich zu Protokoll genommen, welcher unter Anderm die Be-

stimmung enthielt, daß der Beklagte alles Regenwasser, welches sich in seinem Hofraum sammle, in den Hofraum des Klägers leiten dürfe. Bevor aber der Kläger das Protokoll unterzeichnet hatte, machte er noch weitere Propositionen, auf welche der Beklagte nicht eingieng, daher der Kläger erklärte, daß er den Vergleich nicht halte. Auf dieses erließ der Unterrichter sofort ein Erkenntniß, wodurch die Klage als noch zur Zeit unstatthaft verworfen wurde, welches Erkenntniß sich lediglich darauf gründete, daß in der Klage der Eintrag des kläger'schen Eigenthums in das Grundbuch nicht behauptet, nicht einmal näher angegeben sei, auf welche Weise der Kläger sein Eigenthum erworben habe. Von dem Kläger wurde hiegegen appellirt und gebeten, das amtliche Erkenntniß aufzuheben, so wie die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückzuweisen. Der Beklagte schützte ohne weiteres Gesuch in zweiter Instanz die Einrede vor, daß durch den oben angegebenen Vergleich der Rechtsstreit seine Erledigung gefunden habe. Durch Urtheil des Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 22. April d. J. wurde jedoch dem Begehren des Klägers entsprochen, nämlich das amtliche Erkenntniß aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückgewiesen, aus folgenden Gründen:

Der Unterrichter hat durch sein Erkenntniß in vorliegender Sache

1) ausgesprochen, daß der in das Augenscheinsprotokoll aufgenommene Vergleich nicht perfekt geworden und daher unwirksam sei. Dieser Ausspruch wurde zwar nicht mit ausdrücklichen Worten ertheilt, allein er liegt von selbst in der Thatsache, daß der Unterrichter überhaupt ein Erkenntniß gegeben hat, indem er hiezu nur unter der Voraussetzung veranlaßt und berechtiget sein konnte, daß er den Vergleich als rechtlich nicht vorhanden betrachte, denn andernfalles wäre das Urtheil nichtig und unwirksam. Dagegen nun, daß in der Sache überhaupt ein Erkenntniß erlassen und folgeweise der Vergleich für unwirksam erklärt wurde, hatte der Kläger keinen Grund sich zu beschweren und das erlassene Urtheil als nichtig anzufechten, weil er selbst erklärt hatte, daß er den Vergleich nicht genehmige. Es wäre vielmehr Sache des Beklagten gewesen, diese Beschwerde wenigstens im Wege der Anschließung geltend zu machen, sofern er auf dem Vergleich bestehen will.

Eine solche Beschwerde ist nicht erhoben, sondern ohne ein weiteres Gesuch einfach die Einrede des Vergleichs in II. Instanz vorgeschützt worden. Aber auch abgesehen davon, ist diese Einrede unbegründet. Es war die Absicht der Parteien, daß der projektirte Vergleich schriftlich abgefaßt, beziehungsweise zu Protokoll genommen werden soll. Es folgt dieses einer Seits aus der schriftlichen Aufnahme selbst und anderer Seits aus der gesetzlichen Vorschrift über Abfassung der Vergleiche in Landrechtsatz 2044.

Bei schriftlichen Verträgen aber fällt die Perfektion des Vertrages, es mag nun die schriftliche Abfassung gesetzlich geboten oder in dem Willen der Parteien gelegen sein, mit der Vollendung der schriftlichen Abfassung, in allen ihren einzelnen Bestandtheilen und Erfordernissen in Eines zusammen, sofern nicht ein schriftlicher von beiden Theilen unterzeichneter Vertragsentwurf vorliegt und nur dieser Aufsatz noch einer förmlichen Ausfertigung bedarf. L. R. S. 1340 a.

So ist als der Intention der Parteien angemessen — schon in pr. J. de emt. vent. 3, 24

l. 17. C. de fid. instr. 4, 21.

verordnet und im vorliegenden Falle hatte die Aufnahme des Vergleichs, wobei das Gericht lediglich als beurkundende Behörde functionirte, noch nicht ihre Vollendung erhalten, als der Kläger weitere Propositionen stellte, und nach deren Verwerfung den Vergleich nicht zu halten erklärte.

Darum war der Richter allerdings berechtiget ohne Rücksicht auf das Vergleichsprojekt über die erhobene Klage zu erkennen, was

2) dadurch geschah, daß die Klage zur Zeit abgewiesen wurde. Hiegegen nun beschwert sich der Kläger und zwar mit Recht, weil die Vorschrift über den Eintrag des Eigenthums in das Gewährbuch da keine Anwendung finden kann, wo das Eigenthumsrecht gar nicht den Gegenstand des Streits bildet, vielmehr nur die Sachlegitimation zur Erhebung der Negatorienklage in Frage steht. Hier genügt schon die Thatsache des Besitzes auf Seiten des Klägers gemäß L. R. S. 544 a. und 2230, und dieser Besitz ist vom Beklagten ebensowenig bestritten worden als das Eigenthum selbst.

Hiernach muß das über die Legitimation ergangene Erkenntniß aufgehoben und der Unterrichter angewiesen werden, in der Hauptsache ein Urtheil zu erlassen.

Haager.

IV.

Ueber die Verbindlichkeit des Gewalthabers oder Geschäftsführers, die in eigenen Nutzen verwendeten Summen zu verzinsen. (L. R. S. 1372, 1996.)

Ein Geschäftsführer war auf Herausgabe der eingezogenen Gelder sammt Zinsen belangt. Die Zinsforderung war in der Klage damit begründet, daß der Beklagte die empfangenen Summen in Händen behalten und in seinen Nutzen verwendet habe, folglich gemäß Landrechtsatz 1372, 1996 dieselben vom Tage der Verwendung an verzinsen müsse.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises III. Senat hielt in seinem Urtheile vom 10. Februar 1844 diese Begründung des Zinsanspruchs für ungenügend, weil nicht bestimmte Thatsachen angeführt seien, aus welchen eine Verwendung in eigenen Nutzen zu folgern wäre.

Das Großherzogl. Oberhofgericht (I. Senat) nahm dagegen in seinem Urtheile vom 29. Januar 1845 an es genüge zur Begründung der Zinsfordernng an der Behauptung, daß der Beklagte die in den Jahren 1813 —1815 erhobenen Gelder seit 20 Jahren für sich verwendet habe.

„Die Zeit" — heißt es dann weiter — in welcher diese Verwendung Statt gehabt haben soll, ist zwar in der Klage nicht näher bezeichnet; da indessen dort gesagt wird, der Beklagte habe die in den Jahren 1813—1815 erhobenen Gelder behalten und in seinen Nutzen verwendet, er sei vom Tage der Verwendung an zur Verzinsung des Geldes verpflichtet, die Zinsforderung solle übrigens auf Jahre beschränkt werden, so liegt hierin ebenfalls die, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochene Behauptung, daß die Verwendung vor mehr als 20 Jahren, vom Tage der Klage an rückwärts gerechnet, stattgefunden habe.

„Da es aber zur Begründung der Zinspflicht nicht sowohl darauf ankommen kann, welchen Gebrauch der Geschäftsführer von dem für einen Andern erhobenen Gelde gemacht, und welchen Nutzen er dadurch gehabt hat, sondern nur darauf, daß er überhaupt von dem fremden Gelde für sich irgend einen Gebrauch gemacht hat, indem die Bestimmung des L. R. S. 1996, wonach der Gewalthaber die in seinen Nutzen verwendeten Summen verzinsen soll, nur eine Uebersetzung, nicht aber eine Aenderung des französischen Textes ist, welcher sagt:

„Le mandataire doit l' intérêt des sommes, qu' il a employées à son usage, à dater de cet emploi."

so genügt es auch zur Klagbegründung an der Behauptung, daß eine solche Verwendung zum eigenen Nutzen (Gebrauch) stattgehabt hat, und es kann dem Geschäftsherrn nicht zugemuthet werden, das selbstständige Faktum der Verwendung der ihm gehörigen Gelder in der Weise zu circumstantiiren, daß er die Art und Weise der Verwendung namhaft zu machen hätte. Jedenfalls ist dieß aber dann nicht mehr nöthig, wenn die Verwendung in seinen Nutzen von dem Geschäftsführer ausdrücklich eingestanden, oder in Folge eines Versäumungserkenntnisses als eingestanden zu betrachten ist, indem durch ein solches Eingeständniß die Thatsache, an deren Daseyn das Gesetz die Pflicht zur Zinszahlung knüpft, vollkommen in Gewißheit gesetzt wird."

K. Ammann.

V.

Beiträge zur Lehre von dem Nothwege. (Landrechtsatz 682—685.)

I. Kann der Anspruch auf einen Nothweg auch durch eine Einrede geltend gemacht werden?

Die Ansichten über diese Streitfrage sind bekanntlich, ungeachtet vielfacher Erörterungen, immer noch sehr abweichend, sie wird selbst von den beiden Senaten des obersten Gerichtshofes verschieden beantwortet. Während der zweite Senat die Geltendmachung des Nothweges auf dem Wege der Einrede gestattet *), hat der erste Senat

*) Oberhofgerichtliche Jahrbücher VI., 49. IX. 93. Annalen IX., 77., XIII., 116., 176. Beiblatt 1840. S. 11. Anmerkung. Eben so: Kirn in den Annalen X. 101.

entschieden, daß dieser Anspruch nur durch eine selbstständige Klage verfolgt werden könne *).

Diese letzte Ansicht hat auch das Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Senat) in einem Urtheile vom 3. September 1842 J. S. von Rüdt gegen Berberich angenommen und auf folgende Weise begründet:

„Wenn der Landrechtssatz 682 dem Eigenthümer eines Grundstücks, welches mittelst anderer überall von der gemeinen Straße abgeschnitten ist, das Recht gibt, zur Benützung seines Feldes einen Weg über die Grundstücke seiner Nachbarn gegen Entschädigung zu forden, so bewilligt es ihm nicht schon einen in concreto bestimmten Weg, es bezeichnet nicht speciell den Nachbar, welcher den Weg einzuräumen, oder das Grundstück und den Theil desselben, worüber der Weg zu führen hat, sondern gibt dem Eigenthümer des eingeschlossenen Felds gegenüber von allen seinen Nachbarn und bezüglich aller umgebenden Liegenschaften im Allgemeinen einen Anspruch auf einen Weg. Ein bestimmtes Recht erwirbt der Eigenthümer, selbst bei anerkannter Nothwendigkeit, nicht durch einseitige Besitzergreifung, sondern nur durch Vereinbarung mit einem der Nachbarn oder durch richterliche Entscheidung, wobei die Landrechtssätze 683 und 684 maßgebend sind. Einreden aber zur Zerstörung einer Klage können nur auf erworbene Rechte, nicht auf Rechte, deren Erwerbung bloß möglich ist, gestützt werden. Der auf Landrechtssatz 682 gegründete Anspruch eignet sich demnach nicht zur Verfolgung im Wege der Einrede."

Dieselbe Ansicht wurde von diesem Gerichtshofe in einem Urtheile vom 21. August 1847 J. S. Edelmann gegen Bauer ausgesprochen. Den vorstehenden Entscheidungsgründen wurde dabei, mit Rücksicht auf die für die gegentheilige Meinung angeführten Gründe, der Satz noch beigefügt:

Es läßt sich nicht einmal behaupten, die Richtung dieses Weges sei durch die vom Gesetze aufgestellten Merkmale, daß er der kürzeste und unschädlichste sein müsse, im Voraus festgestellt. Denn das Gesetz hat die kürzeste Richtung keineswegs unbedingt vorgeschrieben, sondern nur als eine Regel aufgestellt, die nach Maßgabe der Verhältnisse modificirt werden kann, und die schon deswegen einen sichern Anhaltspunkt im Einzelnen nicht gibt, weil sie durch das zweite Erforderniß, daß der zu wählende Weg zugleich der unschädlichste sein müsse, beschränkt ist."

II. Der Anspruch auf einen Nothweg ist immer durch die absolute Nothwendigkeit bedingt.

Dieser Satz ist im Allgemeinen nicht bestritten *). In dem zuletzt erwähnten Rechtsfalle wurde aber die Frage erörtert, ob er auch dann seine Anwendung finde, wenn die Isolirung nun in Folge einer durch Vertrag bewirkten Trennung mehrerer Grundstücke eingetreten ist.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist hierüber bemerkt:

„Der Beklagte gründet seinen Anspruch" (auf den mit der vorliegenden Negatorienklage bestrittenen Weg) „ferner darauf, daß sein jetzt eingeschlossenes Grundstück mit den umliegenden und insbesondere der Wiese G. des Klägers früher ein Ganzes gebildet habe und erst durch eine unter ihren Rechtsvorfahrern im Jahre 1816 vorgenommene Theilung davon getrennt und dadurch von der gemeinen Straße abgeschnitten worden sei. Der Kläger sei daher verbunden, ihm den schon vor der Theilung bestandenen Weg über die Wiese G. auch fernerhin zu gestatten. — Es ist nun auch von allen Rechslehrern einstimmig angenommen, daß der Eigenthümer eines Guts, welches erst durch eine im Wege der Theilung oder einer Veräußerung erfolgte Lostrennung von einem andern Gute seine Verbindung mit der gemeinen Straße verloren hat, nur von dem Eigenthümer der losgetrennten Gutstheile die Einräumung eines Verbindungswegs verlangen könne **).

(Schluß folgt.)

*) Oberhofgerichtliche Jahrbücher VI. 467. Vergl. das Separatvotum daselbst VI. 54 — 59, und Bertheau in den Annalen IX., 79.

*) Vergl. Oberhofgerichtliche Jahrbücher VII. 254 255 und die dort angeführten Schriftsteller.

**) Vergl. z. B. *Duranton*, T. V. Nr. 420. *Toullier*, T. III. Nr. 550. *Boileux* ad art. 682. *Gilbert* ad art. 682. Nr. 14. Oberhofgerichtliche Jahrbücher VII. S. 248. Annalen-Beiblatt 1843 S. 19. Anmerkung. Zachariä, Bd. II. §. 246. Anm. 5.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos in Karlsruhe.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. N^ro. 50. Karlsruhe, den 11. December 1847.

I.

Beiträge zur Lehre von dem Nothwege (Landrechtssatz 682—685.)

(Schluß.)

„Dieser Rechtssatz beruht eines Theils darauf, daß Verträge Dritten, die dabei nicht mitwirkten, keinen Nachtheil bringen dürfen, woraus folgt, daß die Theilung oder Veräußerung eines Grundstücks nicht die Wirkung haben kann, daß nun der Eigenthümer des hierdurch eingeschlossenen Grundstückes von dritten Nachbarn einen Weg verlangen könnte, statt ihn, wie der frühere Eigenthümer des ungetrennten Ganzen, über den an die Straße stoßenden Theil des letzten zu nehmen. Jener Satz beruht aber zweitens darauf, daß bei jeder Veräußerung unterstellt wird, es seien mit der veräußerten Sache zugleich diejenigen Zugehörden veräußert, welche zu deren Benützung nothwendig sind; arg. Landrechssatz 697, 1018, 1615. Dem Eigenthümer des durch die Theilung oder Veräußerung von der Straße abgeschnittenen Grundstücks gebührt daher kraft einer zu unterstellenden stillschweigenden Verwilligung eine Weggerechtigkeit über das zwischen diesem und der Straße liegende, davon abgelöste Grundstück.

Allein sie gebührt ihm nur, wenn und insofern sie ihm nothwendig ist, um ohne Berührung des Eigenthums dritter Personen auf die Straße zu gelangen. Wenn daher der Erwerber über andere ihm eigene Grundstücke eine Verbindung mit der Straße behält, so liegt für ihn keine Nothwendigkeit und folglich auch kein Recht vor, den bisher benützten Weg über das von dem seinigen abgesonderte Grundstück forthin anzusprechen.

„Prüft man nach diesen Grundsätzen den vorliegenden Fall, so erscheint das Begehren des Beklagten darum nicht begründet, weil ihm der Weg über die klägerische Wiese G. nicht nothwendig ist, um ohne Berührung des Eigenthums dritter Personen auf seinen Acker E. zu gelangen. Bisher hat er seine Einfahrt von der Straße auf seine Wiese A. genommen und von da seinen Weg über des Klägers Wiese G., nach deren ganzer Länge, fortgesetzt, dann auf einer kurzen Strecke seinen Acker C. berührt, und endlich, über einen Acker des Klägers, seinen Acker E. erreicht. Allein, wie sich aus dem Plane ergibt, steht des Beklagten Wiese A. in unmittelbarer Verbindung mit dessen Aeckern B. und C., und von letzterem ist nur noch eine kleine Strecke des klägerischen Ackers zu überfahren, um auf den Acker E. zu kommen *). Den Weg über diese Strecke, welcher längs der Anwende genommen werden kann und dann für den Acker des Klägers ganz unschädlich bleibt, hat Letzterer schon in der Klage und wiederholt im fernern Verlauf der Verhandlungen dem Beklagten angeboten. Hiernach liegt für den Beklagten, wie gesagt, überall keine Nothwendigkeit zur Ueberfahrung der klägerischen Wiese G., und mithin auch kein Grund vor, den Personen, welche im Jahre 1816 die Theilung der Grundstücke vornahmen, die Absicht der Bestellung einer Weggerechtigkeit über die Wiese G. zu Gunsten des Ackers E. zu unterstellen.

„Ob die früheren Eigenthümer, welche das ganze Gut noch ungetrennt besaßen, ihren Weg nach dem Acker E. über die Wiese G. nahmen, ist unerheblich, weil für sie

*) Dieser Acker war hiernach zwar zunächst von fremdem Eigenthum umgeben, aber nicht, wie das Gesetz verlangt, durchaus mittelst fremder Grundstücke von der Straße abgeschnitten.

die beliebige Benützung ihres Eigenthums eine Sache freier Willkür war, welche keine Rechte für die spätern Besitzer einzelner Theile des Guts begründen konnte. Von Widmung des Eigenthümers im Sinne des Landrechtssatzes 692 kann hier ohnehin die Rede nicht sein, da diese nur bei selbstständigen offenen Dienstbarkeiten, also nicht bei Wegdienstbarkeiten, Statt findet."

III. Wenn ein eingeschlossenes Grundstück in der Nähe von mehr als einer öffentlichen Straße liegt, so ist dem Eigenthümer ein Weg nach jener Straße einzuräumen, welche für die Bebauung des Grundstücks am förderlichsten ist.

In der Regel soll nach Landrechtssatz 683 die Durchfahrt auf der Seite genommen werden, welche von dem eingeschlossenen Grundstück am kürzesten zur öffentlichen Straße führt. Wenn nun aber ein solches Grundstück zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Straßen liegt, so entsteht die Frage, ob der Eigenthümer seinen Ausweg unbedingt nach derjenigen Straße suchen müsse, welche seinem Grundstücke am nächsten liegt?

Diese Frage kam in dem Rechtsstreite J. S. Schwing und Genossen zu Unterneudorf gegen Link und Genossen in Rumpfen, bei dem Hofgerichte des Unterrheinkreises (III. Senat) zur Entscheidung. Die im Auszuge folgenden Gründe zu dem Urtheile vom 18. Februar 1846 enthalten hierüber, so wie über einige andere, in diese Lehre einschlagende, Fragen folgende Erörterungen:

„Die sechs Kläger verlangen von den vier Beklagten die Abtretung eines Nothweges; drei der letzteren haben dem Begehren freiwillig nachgegeben, der Rechtsstreit ist daher nur noch gegen Franz Andreas Link gerichtet.

„Zur Begründung der Klage ist vorgetragen: Die Kläger besäßen 17 Wiesen auf Buchener Gemarkung im Stürzenhardter Thal. Mit dem Ertrag dieser Wiesen seien sie früher theils über andere Wiesen, theils durch den Buchener Stadtwald, Bullau genannt, gefahren. Dieser Waldweg sei aber jetzt unfahrbar geworden, und die Gemeinde weigere dessen Herstellung, auch könnten sie eine Dienstgerechtigkeit auf diesen Weg nicht behaupten. Die Gemeinde Buchen wolle sie zwar darauf hinweisen, ihren Wiesenerwachs das ganze Thal entlang bis zum Neuenweg zu führen, auf dem sie dann nach Hettingenbeuern und von von da über Buchen nach ihrem Wohnorte Unterneudorf gelangen könnten. Allein auf diesem Wege würden sie 2½ Stunden zurückzulegen haben, während ihre Wiesen nur 200 Schritte von der nach Unterneudorf führenden Vicinalstraße und kaum eine Viertelstunde von diesem Orte entfernt seien; auch stehe ihnen eine Fahrgerechtigkeit über die nach jener Richtung in der Mitte liegenden Wiesen nicht zu, und sie hätten sich dieses Weges auch noch nie bedient. So seien sie gänzlich von der gemeinen Straße abgeschnitten und sprächen daher einen Nothweg über die Wiesen des Beklagten an, weil ihre Wiesen von dem Neuenweg 600 Schritte, von dem Unterneudorfer Weg aber nur 200 Schritte entfernt seien, sie mithin über die Wiesen des Beklagten auf kürzestem Wege an die gemeine Straße gelangen könnten .....

Der Beklagte schützte zunächst die Unzulässigkeit der Klagenhäufung gegen die vier Beklagten vor, allein mit Unrecht, weil auf sämmtlichen Gütern, welche ein eingeschlossenes Grundstück in der Richtung nach dem gemeinen Wege umgeben, die Verbindlichkeit zur Einräumung eines Nothwegs als gemeinsame Last ruht, wodurch nach §. 93 der Proceßordnung eine Streitgenossenschaft begründet wird. Jedenfalls hat diese Einrede dadurch allen Grund verloren, daß drei der Beklagten aus dem Rechtsstreite ausgeschieden sind und nur ein einziger denselben fortgesetzt hat. Die Klagenhäufung in Bezug auf die Kläger ist nicht beanstandet, wie sie denn mit Grund auch nicht beanstandet werden konnte ....."

„Die erste Bedingung des Begehrens einer Durchfahrtsgerechtigkeit ist, daß die Grundstücke der Kläger durch andere von der gemeinen Straße abgeschnitten seien. Ueber diese vom Beklagten widersprochene Thatsache traten Kläger den Beweis durch richterlichen Augenschein und Sachverständige an. Die letzten haben erklärt, daß die Grundstücke der Kläger von der öffentlichen Straße wirklich abgeschnitten seien. Dies wird auch durch den vorgelegten und anerkannten Plan bestätigt, nach welchem keines der klägerischen Grundstücke unmittelbar an eine öffentliche Straße gränzt.

„Dieser Zustand der Eingeschlossenheit wird auch dadurch nicht aufgehoben, daß ein Weg durch den Buchener Stadtwald nach Unterneudorf zieht, welchen die Kläger früher benützt haben. Denn nach dem Ausspruch der Sachverständigen ist dieser Weg gegenwärtig in dem Maße un-

fahrbar, daß er an einer höhern Stelle neu angelegt werden müßte; den Klägern steht aber kein Recht zu, diese Weganlage von der Gemeinde Buchen zu verlangen.

Der Eigenthümer eines eingeschlossenen Grundstücks kann der Regel nach eine Durchfahrt nur auf der Seite verlangen, welche von seinem Grundstücke am kürzesten zur öffentlichen Straße führt. In vorliegendem Falle tritt aber die Eigenthümlichkeit ein, daß an den beiden Mündungen des Thals, in welchem die Wiesen der Kläger liegen, zwei öffentliche Straßen vorüberziehen, wovon die eine (der sogenannte neue Weg) über Hettingenbeuern und Buchen nach Unterneudorf, die andere aber unmittelbar nach diesem Dorfe, dem Wohnorte der Kläger, führt. Es fragt sich daher, nach welcher dieser Straßen den Klägern ein Nothweg anzuweisen sei.

„Erwägt man nun, daß die auf den Nachbarn eines eingeschlossenen Grundstücks ruhende Last des Nothwegs eine Beschränkung (theilweise Zwangsabtretung) des Eigenthums, und als solche streng auszulegen ist, und daß durch diese gesetzliche Dienstbarkeit nur dem absoluten Nothstande abgeholfen; nicht aber die Bequemlichkeit oder der Vortheil des Eigenthümers von jenem Grundstücke befördert werden soll, so könnte es scheinen, als habe dieser nur einen Anspruch auf jenen Weg, der ihn am kürzesten auf irgend eine öffentliche Straße führe, gleichviel ob er auf dieser Straße auch am kürzesten nach seinem Wohnorte gelange oder nicht.

„Wäre diese Ansicht die richtige, so würden die Kläger mit ihrem Begehren über die Wiesen des Beklagten zu fahren abzuweisen sein, weil der von ihnen selbst vorgelegte Plan zeigt, daß ihre sämmtlichen Grundstücke bei weitem näher zu dem neuen Weg liegen, als zu dem Unterneudorfer Weg, welchen sie über die Wiesen des Beklagten erreichen wollen, daß sie daher in der ersten Richtung weit kürzer, mit Durchschneidung einer weit geringern Fläche fremden Eigenthums, auf einen gemeinen Weg gelangen können.

„Die Kläger behaupten aber, daß sie auf dem neuen Weg nur in einer Zeit von 2½ Stunden von ihrem Wohnorte Unterneudorf nach ihren Wiesen gelangen könnten, während der auf der andern Seite des Thals vorüberziehende Weg sie in einer Viertelstunde nach diesem Orte führe. Diese Entfernungen sind zwar vom Beklagten widersprochen und nicht zum Beweise ausgesetzt, allein es bedarf auch einer desfallsigen Beweisauflage nicht, weil die Lage und gegenseitige Entfernung mehrerer Ortschaften des Inlands als eine offenkundige Thatsache angesehen werden kann und weil ein Blick in die von einer hiezu eigens bestellten Staatsbehörde bearbeitete topographische Karte zeigt, daß der Weg von der einen Ausmündung des Stürzenhardter Thals, welcher über Hettingenbeuern und Buchen nach Unterneudorf führt, wenigstens die achtfache Länge desjenigen Weges hat, welcher auf der andern Seite des Thals, von dem Punkte, wo der Stürzenhardter mit dem Unterneudorfer Weg sich vereinigt, nach Unterneudorf zieht."

„Erwägt man nun, daß der ausgesprochene Zweck des Gesetzes darin besteht, dem Eigenthümer eines eingeschlossenen Grundstücks die Benutzung (exploitation) desselben möglich zu machen, daß auch durch die Bestimmung des Landrechtssatzes 683, daß die Durchfahrt der Regel nach auf der kürzesten Seite zu nehmen sei, dem Richter bei der Wahl des einzuräumenden Weges ein billiges Ermessen gestattet ist, welches, ähnlich wie in dem Falle des Landrechtssatzes 645, auch den Vortheil der Landwirthschaft zu berücksichtigen hat, so muß, wenn, wie in vorliegendem Falle, eine Wahl zwischen zwei Wegen zu treffen ist, demjenigen der Vorzug gegeben werden, welcher jenem Zwecke des Gesetzes am meisten entspricht. Es ist nun aber einleuchtend, daß den Klägern, wenn sie den bedeutenden Umweg über Buchen nehmen müßten, eine Bebauung und Benutzung ihrer Wiesen fast ganz unmöglich wäre, weil ein so großer Umweg eine so bedeutende Vermehrung des Zeit- und Kostenaufwands zur Folge hätte, daß eine nutzbringende Cultur jener Wiesen, wie sie das Gesetz möglich machen will, kaum gedacht werden könnte. Es ist daher eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel, wonach der kürzeste Weg zur öffentlichen Straße gewählt werden soll, vollkommen gerechtfertigt"

K. Ammann.

II.

Kann gegen eine Handelsgesellschaft als solche Gant erkannt werden und unter welchen Voraussetzungen.

Zu dieser Frage gibt folgender, jetzt durch Vergleich erledigte Fall Veranlassung.

S. F. W. und F. von welchen nur der Letztere dem Handelsstand angehört, traten zu einer offenen Handels-

gesellschaft zusammen auf Fabrication von Runkelrübenzucker und zwar unter der Firma F. und Compagnie. Nach dem Tod des S. F. setzten die beiden andern Gesellschafter unter Erneuerung des Gesellschaftsvertrags das Geschäft in der Art fort, daß zwar beide Gesellschafter Kraft des Vertrags die vorkommenden Angelegenheiten gemeinschaftlich zu besorgen hatten und jeder dafür einen Gehalt bezog, daß aber F. die Schriftlichkeiten besorgte, die Bücher führte und wegen der Entfernung des W. vom Fabrikort in der Regel das Ganze leitete, daher auch sein Gehalt bedeutend höher bestimmt war. Die Einlagesummen beider Gesellschafter waren gleich groß; dagegen legte W. bei der Gesellschaft viel bedeutendere Summen an und von ihm hatte auch die Gesellschaft die Fabrikgebäulichkeiten gegen einen jährlichen Zins im Pacht.

Dabei bestimmte der Gesellschaftsvertrag, daß jeder Gesellschafter seinen Gehalt und seine Zinse jährlich beziehen oder aber auf Contocurrent verzinslich stehen lassen könne, in Folge welcher Bestimmung F. jährlich seinen Gehalt und die Zinse seines Einlage-Capitals bezog, während W. nur hie und da von diesem Bezugsrecht Gebrauch machte, so daß sich zuletzt die Forderung des W. an Zins vom Einlage-Capital, Gehalt, vorgeschossenen Geldern, Pachtzins und Zins von Zins auf das fünfzehnfache der Forderung des F. belief.

Bei diesem Stand der Sache starb die Ehefrau des F. und bei der Erbtheilung kam auch zur Sprache, welchen Antheil am Gesellschaftsvermögen F. zu machen habe, und da der Gesellschaftsvertrag festsetzte, daß nach Bestreitung der Kosten und Zinse der Gewinn und Verlust gleichtheilich zu theilen sei, für F. also nichts weiter zu hoffen war und gleichzeitig auch Gelder herbeigeschafft werden sollten, um den angekauften Rohstoff zu bezahlen, diese Gelder aber weder von F. noch von W. angeschafft werden konnten, so erklärte F. dem W., daß er ihm das ganze Geschäft (Activa und Passiva) überlassen wolle, indem er selbst vermögenslos sei, aber einer Tochter noch eine bedeutende Summe an mütterlichem Vermögen herauszuzahlen hätte, welche mit Uebereinstimmung derselben auf den 6. Theil herabgesetzt und von W. als Vergleichs- oder Abfindungssumme noch herausbezahlt werden solle, (vergl. hier Annalen 1847. S. 275 und folg.); eine Forderung von der übrigens dem W. nie etwas bekannt geworden war und deren Richtigkeit zu bezweifeln aller Grund vorliegt.

Außer den Forderungen der beiden Gesellschafter hatten auch noch andere Gläubiger an die Gesellschaft Forderungen zu machen und da nicht weiter fabricirt werden konnte, so trug W. als Gesellschafter auf die Eröffnung des Gantverfahrens gegen die Gesellschaft an, theils um die Gesellschaft auf diese Weise zur Auflösung zu bringen, theils um den noch vorhandenen, in Händen des F. befindlichen Vermögensrest der Gesellschaft zu sichern und um eine genaue Untersuchung des Vermögensstandes der Gesellschaft und eine gerichtliche Aufforderung der Gläubiger und dann, wo möglich, einen Vergleich herbeizuführen.

Der Gantrichter erklärte auch die Gant für eröffnet und ordnete die Vermögensaufnahme an.

Diese Vermögensaufnahme wurde jedoch, weil W. durch Unwohlsein am Erscheinen im Fabrikort abgehalten war, auf die einseitigen Angaben des F. von einem Notar vorgenommen, der ohne den Inhalt des Gesellschaftsvertrags und ohne, wie es scheint, die Bücher und frühern Ausgleichungsurkunden zu berücksichtigen, ferner ohne einen Grund- und Unterpfandsbuchsauszug zu erheben, unter andern z. B. nicht nur die Fabrikgebäulichkeiten, die doch dem W. und nicht der Gesellschaft gehören, sondern auch einen nach öffentlicher Urkunde, die ein halb Jahr vorher von demselben Notar verfaßt wurde, dem W. eigenthümlich gehörigen, Ausstandsposten, als Aktivvermögen der Masse aufführte und eine Liegenschaft, die ein halb Jahr zuvor abgeschätzt und in der Zwischenzeit blieb, wie sie war, um 1/3 höher anschlagen ließ, so daß sich folgendes beispielsweise Zahlenverhältniß ergab:

Vermögen:

Liegenschaften:		
Fabrikgebäude	14,000 fl.	
Mühle	27,000 fl.	
		41,000 fl.
Fahrnisse		3000 fl.
Ausstände (einschließlich des dem W. gehörigen Postens von 13,000 fl.)		16,000 fl.
		60,000 fl.
Schulden		11,000 fl.
(angeblich) freies Vermögen		49,000 fl.

Dabei heißt es: „Die Forderung des W. mit 94,000 fl. und die des F. mit 6000 fl. bleiben der Ausgleichung der Gesellschafter unter sich vorbehalten.“ Die Gesammtforderung der beiden Gesellschafter, ausschließlich ihrer Einlage-Capitalien zusammen mit 20,000 fl. die vorweg verloren sind, beträgt also 10,000 fl. folglich reicht das Gesellschaftsvermögen um 51,000 fl. nicht hin.

Läßt man obige, unrichtiger Weise als Activa aufgenommenen und beziehungsweise zu hoch berechneten 14,000 fl., 13,000 fl. und 7000 fl., zusammen also 34,000 fl. weg, so beträgt das Activvermögen nur 26,000 fl. und bleiben für die Gesellschafter statt 49,000 fl. nur 15,000 fl., so daß sich eine Vermögensunzulänglichkeit der Gesellschaft von 85,000 fl. ergibt.

Sobald W. von diesen Unrichtigkeiten und Mangelhaftigkeiten der Vermögensaufnahme Kenntniß erhalten hatte, hob er dieselben beim Gantgericht zu Protokoll hervor; allein nichts desto weniger wurde auf diese Vermögensaufnahme hin, und obgleich W. auch angeführt hatte, daß es ja keineswegs als ausgemachte Thatsache zu betrachten sei, daß überhaupt auch nur 11,000 fl. Schulden vorhanden sind, und ungeachtet er wirklich selbst auch noch einige weitere Schuldposten, die außer Berücksichtigung geblieben und ihm zufällig bekannt gewesen sind (namentlich auch den außer Acht gebliebenen Kaufpreisposten für den Rohstoff im Betrag von 6000 fl.) bezeichnete, das Gantverfahren wieder eingestellt und der Gesellschaft (der Thatsache nach aber dem F.) die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens wieder freigegeben.

Die Gründe, welche dieser Ganteinstellung und einer Verfügung des Gantgerichts, wornach die von W. erhobene Vorstellung und Beschwerde verworfen wurde, unterstellt sind, waren im Wesentlichen die, daß eine Vermögensunzulänglichkeit nicht vorliege und ebensowenig eine giltige Anzeige der Gantmäßigkeit und daß die beiden Gesellschafter ihre Ansprüche nach bestehenden Gesetzen und nach einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags durch ein Schiedsgericht schlichten zu lassen hätten.

Obgleich diese Sache nun, wie oben schon bemerkt, durch einen nothgedrungenen Vergleich erledigt ist, so möchte doch eine weitere Prüfung derselben, der bei solchen öfters vorkommenden Fällen anzunehmenden Grundsätze wegen, gerechtfertigt erscheinen und so wird die, die Ueberschrift bildende Frage aufgestellt.

Diese Frage löst sich im vorliegenden Fall in folgende näher eingehende Fragen auf:

1) welche Voraussetzungen gehören zu einer giltigen Vermögensunzulänglichkeits-Anzeige?
2) was gilt als Vermögensunzulänglichkeit bei Handelsgesellschaften?
3) woraus hat der Richter das Vorhandensein einer Vermögensunzulänglichkeit zu entnehmen?
4) kann überhaupt gegen eine Handelsgesellschaft als solche, die Gant erkannt werden?

Zu 1. Wenn irgend eine Privatperson oder ein Kaufmann seine Vermögensunzulänglichkeit behufs der Eröffnung des Gantverfahrens anzeigt, so hat der Richter nach §. 814, Nr. 1, verglichen mit §. 943 der Proceßordnung ohne Zweifel die Gant für eröffnet zu erklären und die Anzeige ist also eine giltige d. h. eine solche, auf welche der Richter einzugehen hat.

Kann aber, wenn eine Gesellschaft vermögensunzulänglich wird, einer der Gesellschafter allein eine solche Anzeige machen, auf welche der Richter eingehen muß? — Ob bei Beantwortung dieser Frage zwischen bürgerlichen und zwischen Handelsgesellschaften zu unterscheiden ist (Annalen 1847, S. 42), mag hier mit dem Anfügen dahingestellt bleiben, daß bürgerliche Gesellschaften, die nicht Handelsgesellschaften sind, in vieler Beziehung von Handelsgesellschaften wesentlich verschieden sind; wie auch zwischen Handelsleuten und sonstigen Privatpersonen wesentliche Unterschiede hinsichtlich ihrer Rechtsverhältnisse gesetzlich bestehen.

Bei Handelsgesellschaften können nun folgende Fälle eintreten:

a) es fehlt nur der Gesellschaft zu ihrem Fortbestand an den erforderlichen Mitteln; oder
b) nur bei einem oder mehreren der Gesellschafter tritt Vermögensunzulänglichkeit ein; oder
c) bei allen Gesellschaftern ergibt sich die Vermögensunzulänglichkeit; oder
d) das Gesellschaftsvermögen und das Vermögen eines oder mehrerer Gesellschafter wird unzulänglich oder endlich
e) das Vermögen der Gesellschaft und zugleich das aller Gesellschafter reicht nicht zu.

Nach der vom fraglichen Gantgericht festgehaltenen Ansicht, kann nun in dem Fall unter a. eine Gant nur dann eröffnet werden, wenn von sämmtlichen Gesellschaftern eine Vermögensunzulänglichkeit angezeigt wird, in den Fällen unter b—e aber nur immer von einem Theilhaber gegen sich selbst, so daß die Gantmäßigkeit der andern, welche eine solche Anzeige nicht machen, nicht anders als etwa nach §. 815 der Proceßordnung ausgesprochen werden könnte.

Im gegebenen Fall waren nun die Verhältnisse so gestellt, daß bei der Handelsgesellschaft Vermögensunzulänglichkeit eingetreten ist, daß F. nach seiner oft wiederholten außergerichtlichen Aeußerung ebenfalls gantmäßig ist und daß W. noch Privatvermögen besitzt. F. gibt zwar in außergerichtlichen schriftlichen Erklärungen die Gantmäßigkeit (Insolvenz) der Gesellschaft zu, will aber das Gantverfahren gegen sich umgehen und schließt sich daher der Anzeige der Gantmäßigkeit der Gesellschaft nicht an.

Soll nun W. als einzelner Gesellschafter (und zudem Gläubiger der Gesellschaft, Annal. Beiblatt 1843. S. 14; 1846. S. 2) nicht befugt sein, auch ohne den F. die Vermögensunzulänglichkeit anzuzeigen? — Wenn auch der Gesellschaftsvertrag besagt, daß beide Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft gemeinschaftlich zu besorgen haben und man daraus folgern wollte, daß auch die Gant-Anzeige gemeinschaftlich geschehen müsse, so dürfte doch nicht zu übersehen sein, daß eine Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit kein eigentliches Gesellschaftsgeschäft ist. Es ist nur eine Anzeige, wie die Geschäfte stehen und in welcher Lage sich das Vermögen der Gesellschaft befindet. Zu einer solchen Anzeige, welche nicht blos die Betheiligung der Gesellschafter selbst, sondern namentlich auch die dritter Gläubiger vor Augen hat, möchte aber ein einzelner Gesellschafter nicht nur berechtigt, sondern sogar verflichtet sein, wie namentlich aus H. R. S. 207, verglichen mit 251, Nr. 1 hervorgeht, indem ihn sonst die Nachtheile der leichtsinnigen Zahlungspflichtigkeit oder die Folgen der Mitschuld einer boshaften Zahlungspflichtigkeit treffen (H. R. S. 261).

Er macht die Anzeige kraft eigenen Rechts und wenn das Gesetz ihm einerseits die Last der Sammtverbindlichkeit für alle Gesellschaftsschulden aufbürdet, so ist es geradezu ein ihm zugefügtes Unrecht, wenn man ihm die gesetzlichen Wege abschneidet, um sich gegen Nachtheile sicher zu stellen.

Für die Bejahung der Frage spricht ferner die Erwägung, daß, wenn die Gesellschafter über die Anzeige unter sich uneinig sind, das Interesse der Gesellschaftsgläubiger sehr gefährdet ist, denn wie lange kann es dauern und wie sehr kann sich das Gesellschaftsvermögen verringern, bis die Gesellschafter vielleicht gerichtlich oder durch schiedsrichterliche Verhandlungen zur Vereinigung über die Nothwendigkeit der Vermögensunzulänglichkeitsanzeige gebracht werden! — Ja man muß wohl mit Recht bezweifeln, ob überhaupt z. B. Schiedsrichter darüber entscheiden können, daß eine Vermögensunzulänglichkeit vorliegt und folglich eine Anzeige deshalb bei Gericht gemacht werden muß. Eine solche Anzeige hängt doch gewiß nicht mehr vom Willen aller Gesellschafter ab, wenn das Gesetz, wie es bei Handelsleuten oder Handelsgesellschaften der Fall ist — die Anzeige gebietet.

Wenn man es übrigens auch auf den Willen der Gesellschafter ankommen lassen wollte und dabei die Rechte der Gesellschafter einander gleichstellt und deshalb auf den Satz kommt, daß der Wille beider gleich geachtet werden müsse, so wird ja gerade durch Verneinung der obigen Frage der Wille desjenigen, der die Anzeige machen will, dem Willen desjenigen, der sich hierzu nicht versteht, untergeordnet und im vorliegenden Fall sogar dem Willen desjenigen, der von der Gantmäßigkeit der Gesellschaft ebenfalls überzeugt ist. Derjenige der noch Privatvermögen hat und der also durch Verzögerungen des Gerichts oder gar durch Wiedereinstellung einer bereits für eröffnet erklärten Gant den größten Gefahren und Nachtheilen sich ausgesetzt sieht, steht ja sonst ganz rechtlos da, während es sich dem F., der ohnehin nichts mehr verlieren kann, nicht nur um keine Rechtsverletzung, sondern sogar um Erfüllung einer Pflicht handelt, um so mehr als F. dem Handelsstand angehört.

Endlich wird immerhin auch der Wille desjenigen zu berücksichtigen sein, dessen Anzeige durch die Thatsache der wirklich vorhandenen Vermögensunzulänglichkeit der Gesellschaft unterstützt oder begründet ist.

Betrachtet man die Sache von diesen Gesichtspunkten aus — und diese dürften wohl die richtigen sein — so wird es auch in der Sache nichts ändern, wenn W. als

offener Gesellschafter und ohne sich der Firma als Unterschrift zu bedienen, die Anzeige machte.

So weit daher die Wiedereinstellung der Gant „wegen ungiltiger Anzeige" verfügt worden ist, möchte das richterliche Verfahren nicht gerechtfertigt sein (vergl. auch Annalen Beiblatt 1841 S. 23)

Das Gantverfahren wurde aber auch noch aus einem weiteren Grund wieder eingestellt, nämlich weil eine Vermögensunzulänglichkeit nicht vorhanden sei. Dieses führt

zu Frage 2. Was gilt als Vermögensunzulänglichkeit bei Handelsgesellschaften? —

Nach der aktenmäßig unrichtigen und unvollständigen Vermögensaufnahme wurde ein s. g. freies Vermögen von 49,000 fl. berechnet.

Das Gericht gieng hierauf ein und sprach in den Entscheidungsgründen auch aus, daß eine Vermögensunzulänglichkeit nicht vorhanden sei. Dasselbe hat aber hierbei offenbar übersehen, daß bei Handelsleuten — und diesen sind doch offene Handelsgesellschaften gewiß gleichzuachten — eine Vermögensunzulänglichkeit schon dann vorhanden ist, wenn die Gesellschaft genöthigt ist oder voraussichtlich genöthigt wird, die Zahlungen einzustellen. (Siehe Brauer 4. Band. S. 528, 539, 540 zu H.R.S. 206, 207, 250 und 251).

Im Fall der Zahlungsunfähigkeit war aber die Gesellschaft, auch wenn sie noch liegenschaftliches (übrigens überdies mit Unterpfandslasten behaftetes) und Fahrnißvermögen (Fabrikgeräthschaften), auch ausstehende (zum Theil unbeibringliche oder für den Augenblick nicht zahlbare) Forderungen hatte. Mit allem diesem Vermögen konnte die Gesellschaft den Preis für den angekauften und auf der Lieferung begriffenen Rohstoff nicht bezahlen und andere Zahlungsmittel stunden der Gesellschaft nicht zu Gebot. Die Fabrikation mußte daher eingestellt werden und das Geschäft ins Stocken gerathen. Daß unter diesen Umständen eine Zahlungsunfähigkeit, bei Handelsganten gleichbedeutend mit Vermögensunzulänglichkeit, vorhanden ist, kann daher ebenfalls nicht bezweifelt werden und fällt auch der hieraus zur Einstellung des Gantverfahrens entnommmene Grund hinweg.

Zu Frage 3.

Bei gewöhnlichen Ganten gibt die Vermögensaufnahme, wenigstens theilweise, nämlich so weit das Aktivvermögen daraus zu entnehmen ist, die Grundlage zur Beurtheilung, ob eine Gantmäßigkeit vorhanden ist, ab und stellt sich heraus, daß mehr Vermögen als Schulden vorhanden ist, so steht wohl unzweifelhaft dem Richter zu, das Gantverfahren einzustellen, zumal wenn die Betheiligten einverstanden sind.

Bei einer Handelsgant aber hat der Gantrichter nicht nur darauf zu sehen, wie sich der Vermögensstand herausstellt, sondern er hat nach H. R. S. 208 die weitere besondere Verpflichtung den Zeitpunkt zu ermitteln, von welchem an das Zahlungsunvermögen sich eingestellt hat; ein Zeitpunkt, der bald weniger, bald weiter rückwärts von der Gantmäßigkeitsanzeige festzustellen und nach bestehenden Gesetzen durch besondere Verfügung öffentlich bekannt zu machen ist.

Hierbei ist leicht einzusehen, daß die einer solchen Zeitfestsetzung zu Grund zu legenden Thatsachen nicht in dem Vermögensaufnahmegeschäft enthalten sein können, sondern daß der Richter diese Thatsachen zuerst zu ermitteln hat. Dieses Geschäft erfordert aber, wie eben so leicht einzusehen, das Zuziehen von Sachverständigen, welche die Bücher, Papiere und Briefe genau zu durchgehen und zu prüfen und die s. g. Bilanz zu ziehen haben.

Im vorliegenden Fall geschah aber in dieser Beziehung von Seite des Gantgerichts nichts; ja, was gewiß nicht gerechtfertigt werden kann, es wurde der Beurtheilung der Gantmäßigkeit lediglich jenes Vermögens-Aufnahme-Geschäft zu Grund gelegt, das die Unvollständigkeit und Unrichtigkeit an der Stirne trägt.

W. hätte doch wahrlich erwarten dürfen, daß auch er, der dieselbe Rechte als Gesellschafter hat, wie F. und bei Allem ungleich mehr betheiligt ist, über das Geschäft vom Gantrichter vernommen oder daß doch wenigstens von letzterm angeordnet wird, daß auch er nachträglich noch vom Amtsrevisorat, beziehungsweise Notar über die Richtigkeit ebenfalls gehört und zur Erklärung darüber veranlaßt wird.

F. bildete doch nicht allein die Gesellschaft; seine Angaben können daher doch auch nicht allein als maßgebend betrachtet werden. Allein ungeachtet W. hierauf aufmerksam machte, wurde die Einstellung der Gant verfügt, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, daß der Vermögensstand der Gesellschaft so viel als gar nicht ermittelt ist; denn weder hinsichtlich des Vermögens selbst weiß

der Richter bei dieser Sachlage, wie viel vorhanden ist, noch ob und welche anderweite in die Vermögensaufnahme nicht aufgenommene Schulden vorhanden sind. (W. weiß es bis zur Stunde selbst noch nicht.) Stellt sich doch der wahre Schuldenstand immer erst durch das Anmeldungsverfahren heraus, welches nach allen Seiten hin darauf berechnet ist, daß auch solche Gläubiger sich melden, welche vom Gantmann nicht angegeben worden sind! —

Ueberhaupt dürfte auch die, zwar nicht ausgesprochene, aber doch stillschweigend zur Richtung genommene Ansicht des Gantgerichts, nämlich daß z. B. W. mit seinen Darlehens- und Pachtzinsforderungen, sowie überhaupt mit seinen Ansprüchen, welche das Einlage-Capital nicht berühren, als Gläubiger der Gesellschaft nicht betrachtet werden könne, wohl nicht die richtige sein.

W. konkurrirt mit solchen Forderungen gewiß, wie die andern Gläubiger und seine Forderungen sind daher dem Schuldenstand der Gesellschaft ebenfalls beizuschlagen, so daß also kein freies Vermögen vorhanden ist.

Eine andere Frage ist dagegen allerdings die, wie viel er als sammtverbindlicher Gesellschafter bei eintretender Vertheilung des Gesellschaftsvermögens den nicht befriedigten andern Gesellschaftsgläubigern zu ersetzen oder zu bezahlen hat und welche gegenseitigen Ansprüche oder Ersatzverbindlichkeiten nachher zwischen ihm und F. hervortreten. Daß aber aus Hinsicht auf diese Verhältnisse das Gantverfahren gegen die Gesellschaft nicht eintreten kann und daß die Ordnung dieser Verhältnisse wie die Ausgleichung der Gesellschafter unter sich das Gantverfahren ausschließe, oder nicht zulasse, ist nicht wohl einzusehen, wie zu Frage 4 bestimmter hervortritt.

Man wird sich wundern, wie diese Frage überhaupt aufgeworfen werden mag, während man doch allenthalben von den Gerichten, in öffentlichen Blättern, in juristischen Zeitschriften u. s. w. von Ganten gegen Handelsgesellschaften hört, sieht und liest (Annalen 1847, S. 287; Annalen Beiblatt 1842, S. 32; 1836, S. 28. 1847, S. 12).

Allein im vorwürfigen Fall hat der Richter geradezu, wenn auch nicht ausdrücklich, doch der Sache nach den Grundsatz ausgesprochen, daß es keine Ganten über Handelsgesellschaften gibt.

Wenn man nämlich mit ihm auch annehmen wollte, daß bei einer Handelsgesellschaft nicht nur eine bloße Zahlungseinstellung, oder eine Zahlungsunfähigkeit, sondern eine wirkliche Vermögensunzulänglichkeit zum Gantverfahren erforderlich sei, so könnte auch beim Vorhandensein der letzteren keine Gesellschaftsgant statt finden, weil, wenn auch kein zureichendes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, das Privatvermögen der Gesellschafter, die wie oben schon bemerkt, als offene Gesellschafter allen Gesellschaftsgläubigern sammtverbindlich sind, nach dieser Ansicht ebenfalls, so zu sagen, als Gesellschaftsvermögen zu betrachten ist. Denn zuletzt lösen sich allerdings alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft in persönliche Verbindlichkeiten der Gesellschafter auf. Allein diese Erwägungen kommen nicht bei der Beurtheilung, ob Zahlungsunfähigkeit oder nicht vorhanden ist, sondern erst dann zur Sprache, wenn es sich um die Vertheilung der Masse oder um Befriedigung der Gläubiger handelt.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. Nro. 51. Karlsruhe, den 18. December 1847.

I.

Kann gegen eine Handelsgesellschaft als solche Gant erkannt werden und unter welchen Voraussetzungen.

(Schluß.)

Im vorliegenden Fall hat nun das Gantgericht — nicht berücksichtigend, daß Streitigkeiten zwischen dritten Gläubigern und zwischen der Gesellschaft oder zwischen jenen und den Gesellschaftern nicht durch Schiedsrichter zu entscheiden sind und daß sogar auch der Streit zwischen den Gesellschaftern, ob die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft anzuzeigen sei oder nicht, nicht vor Schiedsrichter gehört, sondern vom Gantgericht zu entscheiden ist, welches seinen Ausspruch auf den genau zu erhebenden Vermögensstand der Gesellschaft hin und unter Erwägung der Rechte oder drohender Nachtheile dritter Gläubiger, ja sogar auch mit Rücksicht auf die der einzelnen Gesellschafter zu gründen hat — Alles der Ausgleichung der Gesellschafter unter sich durch Schiedsrichter vorbehalten. Das Gantgericht hat geradezu gegen die Vorschrift des H. R. S. 218 den W. oder wenn man will, die Gesellschaft zu einem Vergleich genöthigt; es hat eine Handels-Gesellschaft, die bei gründlicher, ja sogar bei nur oberflächlicher Prüfung der Verhältnisse als unhaltbar sich darstellt und die Fabrikation schon Monate vorher eingestellt hatte und einstellen mußte, als wiederbefähigt erklärt und in die Verwaltung ihres Vermögens eingesetzt.

Diese Verfügung beruht nun, außer auf dem Grund, daß eine giltige Zahlungsunfähigkeitsanzeige und überhaupt eine Vermögensunzulänglichkeit nicht vorhanden sei, auch auf der nicht aktenmäßigen, in Beziehung auf den F. unrichtigen und in Beziehung auf W. vielleicht auf Hörensagen angenommenen Unterstellung, daß die Gesellschafter noch Privatvermögen besitzen und also die dritten Gläubiger der Gesellschaft keine Gefahr laufen, nicht befriedigt zu werden.

Hiemit ist der Satz ausgesprochen, daß eine Handelsgesellschaft, als solche, wegen Zahlungsunfähigkeit nie verganter werden kann, sondern daß nur ein Gantverfahren eingeleitet werden kann, wenn sämmtliche Gesellschafter ihre Vermögensunzulänglichkeit anzeigen oder im Executionsverfahren gegen sämmtliche nach §. 815 der Proceßordnung einzuschreiten ist; denn so lange auch nur einer seine eigene Vermögensunzulänglichkeit nicht anzeigt oder das Verfahren nach §. 815 der Proceßordnung nicht gegen ihn eingeleitet ist, ist der Unterstellung Raum gegeben, daß dieser (als Sammtschuldner) noch zahlen könne und daß sich also die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in seiner Person vereinigen und durch sein Privatvermögen aufgelöst werden können. Obgleich Freunde und zu Rath gezogene Kaufleute dem W. abgerathen haben, nicht auf der Einleitung oder Fortsetzung des Gantverfahrens zu bestehen und sein Rechtsanwalt geradezu erklärt hat, daß er die Anwaltschaft ablehnen müsse, wenn er auf dem Gantverfahren bestehe, indem eine Handelsgesellschaft keine moralische (juristische) Person sei (vergl. dagegen die oben bezeichneten Stellen in den Annalen, ferner Annalen 1833 S. 90) welche verganter werden könne, und also das Obergericht auf eine Appellation oder Beschwerde gegen die, die Gant wieder einstellende Verfügung des Unterrichters nicht eingehen, auch eine genauere Vermögensuntersuchung dem Gantrichter nicht auftragen werde, so bleiben gegen diese Ansichten dennoch die größten Zweifel stehen, wenn man berücksichtigt, theils in welche drohende und gefahrvolle Lage die Gesellschaftsgläubiger kommen, theils in welche recht- und schutzlose Lage in vorliegendem Fall W. gerathen ist.

Gesetzt den Fall, daß, was ja recht leicht möglich ist,

die Gesellschaftsbücher unordentlich geführt und weitere Gesellschaftsschulden nicht gebucht sind, daß also die Schulden den Betrag von 11,000 fl. übersteigen, daß das Vermögen bei einer Veräußerung statt auf 60,000 fl. oder vielmehr 26,000 fl., z. B. auf nur 13,000 fl. sich herausstellt und daß W. noch eine Menge Privatschulden, aber nicht hinreichendes oder ebenfalls gar kein Privatvermögen hat, werden dann die Gesellschafter oder wenigstens derjenige, der es rechtlich meint, durch die Wiedereinstellung der Gant nicht gleichsam gezwungen, die Gläubiger der Gesellschaft in noch größeren Schaden zu bringen und zwar blos am Ende deshalb, weil die Gesellschafter unter sich uneinig sind, indem das Interesse des einen nach seinen persönlichen Vermögensverhältnissen oder nach seinen sonstigen Absichten eine Ganteröffnung zu verhindern gebietet!! —

Berücksichtigt man aber im vorliegenden Fall die Lage des W., welcher noch Privatvermögen hat, so ist durch die Einstellung der Gant geradezu ausgesprochen, daß er, weil er noch Privatvermögen besitzt und sich alle Gesellschaftsgläubiger an ihn halten können, sich die Gefahren und Nachtheile gefallen lassen muß, welche dadurch entstehen, daß der Rest des Gesellschaftsvermögens dem F. Preis gegeben ist.

Hätte die Fabrik fortbestehen können, ohne daß W., der ohnehin schon nach obigen Zahlenangaben außer dem Einlagecapital von 10,000 fl. 94,000 fl. verliert, neue Opfer bringen muß, so wäre es Niemand lieber gewesen, als ihm und es war nicht — wie F. am Schlusse der in ihrer Art „ausgezeichneten" Vermögensaufnahme zu erklären beliebte — unverantwortlich, durch eine Vermögensunzulänglichkeitsanzeige den Credit der Firma so erschütternd anzulasten — der Firma einer Gesellschaft, die allein durch die Mittel und Vorschüsse des W. existiren konnte und ungeachtet der ausgesprochenen Wiederbefähigung sich unter den gegebenen Verhältnissen auflösen mußte und jetzt aufgelöst hat.

Nach der Meinung des W. war es der einzige gesetzliche, richtige und sichere Weg, alle vorkommenden auf die Gesellschaft und ihre Gläubiger bezüglichen Verhältnisse zu ordnen, wenn gegen die Gesellschaft das Gantverfahren eingeleitet wird (vergl. hier §. 773 und 774, Nr. 1. der Proceßordnung) und dann etwa einen auf feste Grundlagen gebauten Vergleich abzuschließen; so aber blieben ihm jetzt bei der Ansicht und dem Verfahren des Gantgerichts und bei den gewiß auf unrichtigen Ansichten beruhenden, abrathenden Gutachten von Kaufleuten und Rechtsverständigen nur die Wege offen, entweder weitere Capitalien in ein schon längst den Krebsgang gehendes Geschäft zu stecken und den F. daraus jährlich seine Zinse und seinen Gehalt sicher und gewiß herausnehmen zu lassen oder aber dem F. den Rest des Gesellschaftsvermögens bei untergrabenem Vertrauen in dessen weitere Verwaltung und ohne daß fortfabricirt werden konnte, zu überlassen, bis durch, wie die Erfahrung lehrt, langwierige und mit Hindernissen der verschiedensten Art verknüpfte schiedsrichterliche Verhandlungen, welche F. wohl, um seinen Zweck zu erreichen, sachdienlich zu verzögern gut befunden haben würde, Arreste und sonstige Sprüche ertheilt und zum Vollzug gebracht worden wären, oder aber, daß er mit F., um so schnell als möglich durch Besitzergreifung zu retten, was noch zu retten ist, ohne gantrichterliche oder richterliche Liquidation, die ja mit der Fortsetzung des Gantverfahrens verweigert worden sind, einen Vergleich abzuschließen, der bei den gegebenen Umständen ohne alle sichere Grundlage ist und der dahin geht, daß er, gut oder übel, die ganze Masse übernimmt und überdies dem F. die Hälfte der angeblich seiner Tochter zukommenden s. g. Vergleichssumme überläßt und seine Ersatz-Ansprüche an F. als angeblichen Ganntmann, fallen läßt.

Faßt man das Thatsächliche dieses Falls, dem noch beizufügen ist, daß der Gesellschaftsvertrag noch einige Jahre zu dauern hätte, daß F., ohne daß hierüber im Vertrag etwas ausdrücklich festgesetzt oder sonst bekannt gemacht worden ist, allein mit der Firma unterzeichnete daß der Vertrag auf vorgeschriebene Weise nicht veröffentlicht worden ist, in seinem ganzen Umfang genau auf und erwägt man die Folgen, welche bei dieser Sachlage bald aus diesem, bald aus jenem thatsächlichen Verhältniß noch entspringen können, und wie sehr die Rechtssicherheit für die Gesellschaftsgläubiger, so wie auch für Handelsgesellschafter, hier namentlich für W. gefährdet ist, so wird man zur bejahenden Beantwortung der gestellten und im Verlaufe des Aufsatzes sonst noch berührten Fragen dahin kommen:

1) Gegen Handelsgesellschaften kann das Gantverfahren eingeleitet werden, ohne daß gegen einen, meh-

rere oder sämmtliche Gesellschafter die Gant eröffnet ist.

2) Jeder offene Gesellschafter, zumal wenn er überdies selbst Gesellschaftsgläubiger ist, kann eine giltige, d. h. vom Gantrichter zu berücksichtigende Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit der Gesellschaft machen und es kömmt dabei nicht darauf an, ob er sich bei der Anzeige der Firma als Unterschrift bedient oder nicht und ob die übrigen Gesellschafter mit der Anzeige einverstanden sind oder nicht.

3) Bei einer Handelsgesellschaft gilt es schon als Vermögensunzulänglichkeit, wenn eine Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten ist oder bevorsteht, ohne daß gerade die Zahlungen wirklich schon eingestellt sein müssen; dabei kömmt es nicht darauf an, ob die Schulden das, z. B. in unbeibringlichen Forderungen oder Liegenschaften oder Fabrikgeräthschaften bestehende, kurz das, keine wirklichen Zahlungsmittel darstellende, Vermögen übersteigen oder nicht.

4) Zur Beurtheilung, ob eine Handelsgesellschaft zahlungsunvermögend ist, genügt nicht blos eine bei bürgerlichen Ganten hinreichende Vermögensaufnahme, sondern der Gantrichter hat (auch schon wegen Bestimmung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens) den Vermögensstand und die Handels- und sonstigen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nöthigenfalls durch Sachverständige (Kaufleute) genau zu prüfen und festzustellen.

Daß aber eine Vermögensaufnahme, welche nur auf die einseitigen Angaben nur eines der Gesellschafter gebaut ist, dem Gantrichter ungenügend erscheinen und daß er diese Unvollständigkeit vor Allem zu heben suchen muß, bedarf keiner weitern Auseinandersetzung.

5) Da bei Handelsgesellschaften schon eine voraussichtliche Zahlungsunfähigkeit zu einer Vorauserklärung bei Gericht berechtigt und verpflichtet und jedenfalls ein eingetretenes Zahlungsunvermögen als Vermögensunzulänglichkeit gilt, so ist nichts desto weniger, auch wenn das Gesellschaftsvermögen die vorläufig angezeigten Schulden übersteigen sollte, jedenfalls das Gläubiger-Aufforderungsverfahren einzuleiten.

6) Bei einer Handelsgesellschaft sind auch die Gesellschafter selbst mit ihren Forderungen, die sie (nicht unter sich gegeneinander aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern,) aus andern Rechtstiteln z. B. Darleihen, Pacht u. s. w. an die Gesellschaft als solche zu machen haben, als dritte Gläubiger zu betrachten und zu behandeln und sind ihre desfallsigen Forderungen den wirklichen Gesellschaftsschulden beizuzählen.

7) Ehe der Vermögensstand, die Handels- und sonstigen Rechtsverhältnisse, so wie der Schuldenstand, letzterer durch stattgehabte Anmeldungs- und Vorzugsverhandlungen genau ermittelt und die Gant durch Vertheilung oder durch Vergleich erledigt ist, darf der Gantrichter, namentlich wenn noch strittige Verhältnisse zwischen den Gläubigern einerseits und der Gesellschaft, oder ihren Mitgliedern anderseits obwalten, das Gantverfahren nicht einstellen oder gar die Wiederbefähigung aussprechen. 3.

Anmerkung der Redaktion.

Ein in mehrfacher Beziehung mit dem Vorstehenden ähnlicher Fall kam 1846 bei Großherzoglichem Oberhofgerichte zur Entscheidung.

Nachdem sich im August 1843 die Handelsgesellschaft „Schürmayer und Heß“ gebildet hatte, erklärte am 3. Dezember 1844 der Gesellschafter Heß ohne Zuziehung und Ermächtigung seines Mitgesellschafters, namens der Gesellschaft, die Zahlungsunfähigkeit derselben, worauf am nämlichen Tage gegen die Handelsgesellschaft „Schürmayer und Heß“ die Gant erkannt wurde. Gegen dieses Erkenntniß ergriff der andere Gesellschafter Schürmayer die Berufung an das Hofgericht, welches jedoch unterm 1. April 1845 ein bestätigendes Urtheil fällte. Dieses Urtheil ist, auf die von Schürmayer dagegen eingewandte Oberberufung, unterm 12. Juni 1846 von Großherzogl. Oberhofgerichte bestätigt worden.

Die Entscheidungsgründe — so weit sie hier von Interesse sind, besagen:

„1. Zunächst kann die Pflicht und somit auch das Recht eines offenen Handelsgesellschafters, auch ohne Vorwissen und Genehmhaltung der Uebrigen das Zahlungsunvermögen der Gesellschaft gerichtlich anzuzeigen, nicht bestritten werden. Der klare Wortlaut des Art. 207 des Handelsrechts weist dazu einen Jeden an, der zahlungsunfähig wird; durch die Zahlungsunfähigkeit einer benannten Gesellschaft wird jedes einzelne ihrer

Mitglieder in diese Lage versetzt, es trifft also jenes Gebot jeden einzelnen Gesellschafter. Den persönlichen und Vermögens-Nachtheilen, womit ihn die Art 222 und 257, Nr. 1 des H. R. eben so wie den einzelnen Falliten bedrohen, vermag er sich nur durch die Insolvenz-Anzeige zu entziehen, und zwar durch die Anzeige der Insolvenz der Gesellschaft, weil seine eigene Insolvenz gerade in seinem Verhältniß zur Gesellschaft beruht.

Der zweite Absatz des allegirten Artikels 207 des H. R. steht dem nicht entgegen, indem er keineswegs ausspricht, daß von allen Theilhabern die Anzeige ausgehen müsse, sondern nur so viel, daß sie in der Anzeige genannt werden.

Wollte man aber bei dieser Auslegung des Gesetzes noch Bedenken tragen, so würden die allgemeinen Gesellschaftsregeln (L. R. S. 1856—59) dasselbe beseitigen.

Nimmt man nämlich auch an, es wäre der Gesellschafter Heß damit, daß man ihm im §. 5 des Vertrags die Besorgung des merkantilischen Theils des Geschäftes, die Buchführung und Cassenverwaltung, übertragen hatte, nicht vorzugsweise beauftragt gewesen, ein etwa eintretendes Zahlungsunvermögen anzuzeigen, in welchem Falle seine Handlung nach L. R. S. 1856 selbst beim Widerspruch des anderen Gesellschafters für das Vermögen der Gesellschaft bindend war; nimmt man ferner an, es könne auch der §. 7 des Vertrags, welcher beiden Gesellschaftern gleiche Macht ertheilt, für den anderen verbindlich zu handeln, nicht auf eine Insolvenzanzeige bezogen werden, so würde doch die Nr. 1. des L. R. S. 1859 dieselbe Entscheidung ertheilen, indem alsdann hiernach, weil der Vertrag über die Besorgung des fraglichen Geschäfts nichts enthielt, jeder einzelne Gesellschafter mit der Gewalt versehen war, dasselbe für den anderen — selbst ohne dessen Einwilligung — gültig zu besorgen.

2. Damit ist nun eigentlich die weitere Frage: welche Folge einer solchen Anzeige von dem Richter zu geben war, ob er insbesondere ohne ein Vorverfahren, wodurch der Mitgesellschafter Veranlassung erhält, den Ungrund der einseitig geschehenen Insolvenz-Anzeige darzulegen den Gantproceß erkennen dürfte? bereits entschieden. Denn wenn, wie gezeigt, das Recht und sogar die Pflicht eines jeden Gesellschafters feststeht, das Zahlungsunvermögen der Gesellschaft mit Gültigkeit für die übrigen Theilhaber an derselben anzuzeigen, so muß seine Anzeige nothwendig dieselbe Wirkung hervorbringen, als wenn sämmtliche Gesellschafter sie gemacht hätten. Sie mußte den Richter, wie ihn das Gesetz (Art. 208 des H. R. und §. 814 Nr. 1 der Proceßordnung) dazu anweist, bestimmen, ohne weiteres den Ausbruch des Zahlungsunvermögens zu erklären, d. h. die Gant mit allen sich daran knüpfenden Folgen (§. 824 und ff. der Proceßordnung und Artikel 217 des H. R.) durch das Ganterkenntniß zu eröffnen.

Es geht dieses übrigens auch aus der Betrachtung hervor, daß die Mitglieder einer Gesellschaft in Beziehung auf das Vermögen der Gesellschaft in einer ungetheilten Gemeinschaft stehen, deren Begriff es widerstreiten würde, wenn man jedem einzelnen Gesellschaftsmitgliede nur eine theilweise Berechtigung zur Insolvenz-Anzeige, und dem Richter nur die Befugniß zu einem Ganterkenntnisse über den Antheil des Gesellschafters am Gesellschafts-Vermögen zugestehen wollte (L. R. S. 577 b. a.).

Die allerdings vorhandene Möglichkeit, daß für den Mitgesellschafter aus einer solchen Anzeige, die vielleicht aus Unkenntniß der wahren Sachlage, aus übergroßer Aengstlichkeit oder gar aus Bosheit oder, wie dem Gesellschafter Heß vorgeworfen wird, um anderer Privat-Zwecke willen geschah — schwere Nachtheile *entstehen* können, ist ohne alle rechtliche Bedeutung, weil sie — eintretenden Falls — auf ganz gleicher Linie steht mit jeder anderen Art von Beschädigung durch die Geschäftsführung eines Gesellschafters. Sie mag dazu dienen, sich bei Eingehung eines Gesellschaftsvertrages die geeigneten Garantien dagegen zu verschaffen; allein nach einmal eingegangenem Vertrage kann sie auf Entscheidung der Frage: ob die Handlung des Gesellschafters an und für sich zu Recht besteht, keinen Einfluß äußern. Es erübrigt alsdann den anderen Theilhabern an der Gesellschaft Nichts, als deren Rechtmäßigkeit durch die geeigneten Rechtsbehelfe anzufechten, hier also die Insolvenz-Anzeige durch den Nachweis der Zahlungsfähigkeit als grundlos darzustellen und das dadurch hervorgerufene richterliche Ganterkenntniß wieder zu beseitigen."

Der übrige Inhalt der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe befaßt sich mit der Deduction, daß es dem Schürmayer nicht gelungen sei, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft nachzuweisen.

Nach dieser Entscheidung wäre die in dem oben mitge-

theilten Falle vor dem Unterrichter geltend gemachte Ansicht, daß gegen eine Gesellschaft nur dann Gant erkannt werden könne, wenn die Vermögensunzulänglichkeit von sämmtlichen Gesellschaftern angezeigt werde, nicht richtig. Die auf einseitige Anzeige des Gesellschafters W. mit Recht eröffnete Gant hätte folglich von dem anderen Gesellschafter F. nur durch die nicht für erbracht zu betrachtende Nachweisung rückgängig gemacht werden können, daß die Gesellschaft zahlungsfähig sei.

D. R.

II.

Ist die Partei, welcher der Haupteid zurückgeschoben wurde, zur Erklärung über dessen Annahme, bevor auf denselben erkannt wird, aufzufordern?

Während in §. 580 der Proceßordnung geboten ist, denjenigen, welchem der Haupteid zugeschoben wurde, zur Erklärung über dessen Annahme unter Androhung der Folge der Eidesverweigerung aufzufordern, ist dies hinsichtlich des zurückgeschobenen Eides nirgends vorgeschrieben.

Vergl. die §§. 591, 595, 597.

Man könnte deshalb im Zweifel sein, ob man diejenige Partie, welcher der Eid zurückgeschoben wurde, auf ähnliche Weise zur Erklärung über dessen Annahme auffordern solle, wie dies beim zugeschobenen Eide in §. 580 der Proceßordnung vorgeschrieben ist.

In diesem Zweifel könnte man dadurch bestärkt werden, daß nach

§. 597 der Proceßordnung

auf den zugeschobenen Eid erst nachdem er angenommen ist — erkannt werden soll, während nach demselben Paragraphen das Erkenntniß auf den zurückgeschobenen Eid alsbald erfolgen soll, allein dies wird der Zulässigkeit einer Aufforderung über die Annahme des zurückgeschobenen Eides nicht entgegenstehen.

Wenn auch die Partei, welcher der Eid zurückgeschoben ist, nur die Wahl zwischen Annahme oder Verweigerung desselben hat, während derjenigen Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nach §. 584 der Proceßordnung die Wahl unter mehreren Erklärungen freisteht, so ist sie doch wesentlich dabei betheiligt, daß sie vor Erlassung des Urtheils veranlaßt wird, sich über die Annahme des Eides zu erklären, denn:

1) kann sie wie diejenige Partei, welcher der Haupteid zugeschoben ist, nach

§. 582 der Proceßordnung

im Falle sein, das Recht der Zurückschiebung oder die Formel des zurückgeschobenen Eides zu beanstanden (§. 584, Abs. 2, 591 der Proceßordnung) und sie wird es dann vorziehen, den Richter, bevor dieser erkennt, auf jene Umstände aufmerksam zu machen, weil sie nach Erlassung des Erkenntnisses zum Zweck des Vortrags ihrer Anstände ein Rechtsmittel ergreifen muß;

vergl. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, 7. Auflage p. 598. III.,

2) wird sie, wenn sie den zurückgeschobenen Eid verweigern will, dies erklären, ehe auf denselben erkannt ist, in welchem Falle ihre Beweisfälligkeit alsbald unbedingt erkannt werden kann;

§§. 595, 597, vergl. §. 379 der Proceßordnung.

3) verhindert sie durch ihre Erklärung, daß sie den zurückgeschobenen Eid annehme, dessen Zurücknahme,

§. 502 der Proceßordnung,

vergl. die Redactionsnote p. 198, 199 der Annalen von 1834,

und

4) gewinnt sie durch jene Erklärung den Vortheil, daß der zurückgeschobene Eid, wenn sie an dessen Ausschwörung verhindert wird, für von ihr geleistet gilt.

§. 607 der Proceßordnung.

Wird die Partei, welcher der Eid zurückgeschoben ist, zur Erklärung über dessen Annahme veranlaßt, so kann außerdem auch die Frage, welche Person etwa den Eid leisten dürfe oder solle (§. 611—615 der Proceßordnung) schon vor Erlassung des Urtheils erörtert und in diesem zugleich mit entschieden, dadurch aber einem Streite hierüber nach dem Urtheile vorgebeugt werden *).

---

*) Da der zurückgeschobene Eid jedenfalls auch ein zugeschobener ist, so hat der Gesetzgeber muthmaßlich nicht für nöthig erachtet, die auf den letzteren bezüglichen Vorschriften für den ersteren zu wiederholen; wäre aber auch der §. 580 auf die Rückschiebung nicht direct anwendbar, so würde doch dessen analoge Anwendung schwerlich beanstandet werden können.

D. R.

Aus diesen Gründen wird es wohl stets zweckmäßig sein (wenn es auch nicht gesetzlich geboten, also nicht gerade nothwendig ist), die Partei, welcher der Eid zurückgeschoben wurde, durch die Aufforderung zur Erklärung über dessen Annahme, auf die Wahrung ihrer Rechte vor Erlassung des Urtheils aufmerksam zu machen.

Stempf.

III.

Tödtung.

Zwei Thäter und doch kein Schuldiger!

Am 19. Juni 1843 Abends zwischen 9 und 10 Uhr fanden sich Xaver G., Karl R. und Anton R. im Engelwirthshause zu E. ein, wo über 20 Gäste an verschiedenen Tischen versammelt waren. Xaver G., ein lediger kräftiger Bursche von 21 Jahren, der als ein roher und händelsüchtiger Mensch geschildert wird, fing ohne alle Veranlassung schon im Hausgange mit dem Glassergesellen Sch. Händel an, verfolgte den sich durch die Küche flüchtenden in das Wirthszimmer, wo er denselben auf eine äußerst rohe und brutale Weise abermals zu mißhandeln begann, bis er durch das Dazwischentreten des Engelwirths S. und durch die Ankunft des von diesem herbeigerufenen Gendarmen S. zu Ruhe gebracht wurde. Kaum hatte aber Gendarm S. das Wirthszimmer verlassen, so fiel G. den Sch. von Neuem an, packte ihn und schleppte ihn mit den Worten: „Heute Nacht schneide ich dir den Hals noch ab" in die Einschenke, wo er ihn die Kellertreppe hinunter zu werfen versuchte. Durch die abermalige Dazwischenkunft des Engelwirths S. aber auch hieran verhindert, und nachdem sich nun Sch. auf Anrathen des Engelwirths entfernt, dieser auch seinen Leuten untersagt hatte, dem G. ferner noch etwas zu verabreichen, packte sofort G. den Engelwirth S., warf ihn zu Boden und mißhandelte ihn, bis er durch seinen Hausknecht Jakob R. befreit wurde und sich unter den Tischen und Bänken hindurch kriechend in ein Nebenzimmer flüchtete. G. überfiel nun den Hausknecht, erhielt jedoch in dem Augenblicke, als er denselben zwischen zwei Tischen, an welchen verschiedene Personen gesessen, unter sich hatte, und mit dem Kopfe gegen diesen herabgebeugt war, einen Schlag auf den Kopf, in Folge dessen er sogleich bewußtlos umsank, dann aber zuerst von Anton R. aufgehoben und mit Hülfe des Waldhüters F. auf einen Stuhl gesetzt wurde, wo ihm F. die Kopfhaare um die Wunde abschnitt, und diese mit Wasser und Essig auswusch, und worauf sich sodann G. in seine etwa 200 Schritte von dem Engelwirthshause entfernte Wohnung begab, wo ihn am folgenden Morgen seine Hausleute Joseph R. und die Alois D. Ehefrau ganz von Blut bedeckt in seinem Bette liegend fanden.

Bei der am Tage nach seiner Verwundung vorgenommenen Legal-Inspection fand man neben einer unbedeutenden Excoriation auf dem linken Jochbogen eine 1 " 3 "' lange, halbmondförmige Lappenwunde am hintern und obern Winkel des linken Seitenwandbeines, in deren Grund der Knochen nicht nur eingedrückt, sondern auch gebrochen war, woraus alsbald sechs, am 25. und 26. Juni aber auch noch weitere kleine Knochenfragmente herausgehoben und mehrere kleine Knochenpartikel entfernt worden sind. Nichts desto weniger verschied Xaver G. am 28. Juni, also den neunten Tag nach seiner Verwundung.

Schon gleich nach vorgenommener Legal-Inspection und eben so auch in den von ihnen erstatteten Endgutachten haben die Untergerichtsärzte die an dem Vulneraten vorgefundene Kopfwunde für eine *lebensgefährliche* und absolut lethale Quetschwunde erklärt, die nach ihrem äußern und innern Merkmale mit einem stumpfen, harten, kantigen und mit bedeutender Kraft geführten Werkzeuge verursacht worden sein möge, und es hat sich auch der hofgerichtliche Medicinal-Referent in Uebereinstimmung damit dahin ausgesprochen:

1) daß die Kopfwunde von G. als die einzige Ursache seines so plötzlich darauf gefolgten Krankheitszustandes und Todes angenommen werden müsse,
2) daß seine Kopfverletzung mit fast an Gewißheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit dem hammerartig geformten Waldbeile der Inculpaten, und zwar mit starkem Kraftaufwande verursacht worden, endlich
3) daß die Kopfverletzung nach §. 72 des Strafedicts zur Klasse der allgemein tödtlichen (absolute lethales) gerechnet werden müsse.

Nach diesen, auf den Grund der gerichtlichen Legal-Inspections-, Sections- und Obductions-Protocolle erstatteten gerichtsärztlichen Gutachten in Verbindung mit den eidlichen Depositionen einer großen Menge von Zeu-

gen, die bei dem Acte der Verwundung des Xaver G. zugegen waren, mußte der Beweis des objectiven Thatbestandes der hier in Frage stehenden Tödtung des Xaver G. für vollkommen hergestellt erachtet werden.

Anlangend hiernächst den subjectiven Thatbestand, so wurde dem Untersuchungsrichter zuerst der Waldhüter Simon S., einige Tage später aber auch der Waldhüter Martin F. als derjenige bezeichnet, der den Xaver G. mit seinem Waldbeile den tödtlichen Streich versetzt habe; es wurden daher beide wegen Tödtung des Xaver G. zur Untersuchung gezogen.

Darüber, daß derjenige, welcher den tödtlichen Streich gegen Xaver G. geführt, auf dem den Untersuchungsacten beiliegenden Localitätsplane mit x. bezeichneten Platz sich befunden und resp. gesessen, sind alle Zeugen, die über den Act der Verwundung Auskunft geben, mit einander einig, der Zeuge, Jakob G. allein ausgenommen, welcher behauptet, daß derjenige geschlagen, der sich auf dem Platze y. befunden habe.

Aber schon hinsichtlich der Thatsache, an welchem Platze an dem Abende dieses Vorfalles der Waldhüter Simon S. und an welchem Platze der Waldhüter Martin F. gesessen, bietet das Ergebniß der Zeugenaussagen eine auffallende und in der That kaum zu erklärende Erscheinung dar.

In Uebereinstimmung mit den beiden Inculpaten behaupten sechs Zeugen, und zwar Karl H., Victoria B., Anton T., Christoph S., Schreiner P. und Christian W., daß der Waldhüter S. sich unten am Tische, gegen die Einschenke hin, an dem auf dem Plane mit x. bezeichneten Platze befunden habe, und daß der Waldhüter F. zu dessen rechter Seite am obern Theile des Tisches gegen das Fenster hin an dem mit y. bezeichneten Platze gesessen sei.

In direktem Widerspruche mit diesen behaupten dagegen mit gleicher Bestimmtheit und Zuversicht fünf andere Zeugen, nämlich Christoph Friedrich B., Jakob Sch., Anton H., Jakob R. und Jakob G., daß Waldhüter F. an dem mit x. und Waldhüter S. an dem mit y. bezeichneten Platze gesessen sei, und es waren die beiden sich hierin direct widersprechenden Partien von der Richtigkeit und Wahrheit ihrer desfallsigen Wahrnehmung und Behauptung so sehr durchdrungen, daß weder die Confrontation mit den Inculpaten, noch der Zeugen unter sich den Einen oder den Andern auch nur im mindesten wankend zu machen vermochte, während zu der Unterstellung, daß die Inculpaten an jenem Abend einmal ihre Plätze gewechselt haben, und hiedurch ein Irrthum dieser oder jener Zeugen herbeigeführt worden sein möge, überall kein Grund vorhanden ist.

Wie über den Platz, den der Eine und der Andere von den Inculpaten bei dem fraglichen Vorfalle eingenommen und inne gehabt hatte, so walten auch über die Hauptfrage, nämlich darüber, welcher von beiden Inculpaten dem Xaver G. — der selbst hierüber nicht die geringste Auskunft zu geben vermochte — den einen Schlag, den er erhalten, versetzt habe? die auffallendsten Widersprüche unter den Zeugen ob. Fünf Zeugen behaupten nämlich, daß Waldhüter F. den Schlag versetzt, während sechs andere Zeugen versichern, daß Waldhüter S. dem G. den Schlag gegeben habe.

Was nun die eigene Deposition der Inculpaten betrifft, so stellen beide die ganze Untersuchung hindurch sowohl in den einzelnen mit ihnen abgehaltenen Verhören als auch bei den Confrontationen mit den Zeugen, beharrlich in Abrede, irgend einen Schlag nach dem hinter ihrem Rücken auf dem Boden Streitenden geführt zu haben. Insbesondere behauptet Waldhüter S.:

> daß Waldhüter F. sein Waldbeil auf den hinter ihm befindlichen Tisch gelegt, daß die Spitze vom Tische etwas herausgestanden und er an dieses sein Waldbeil hingelehnt habe, daß er dann, als der Streit hinter ihnen entstanden, zu F. gesagt, sie wollten ihre Beile zu sich nehmen, worauf er, als er beim Umschauen gesehen, daß sein Beil umgefallen gewesen, sich etwas umgedreht, sein Beil mit der linken Hand vom Boden aufgehoben und dasselbe über seine Schulter schwingend zwischen seine Füße gestellt habe, eine Bewegung, durch die er den Irrthum der Zeugen, die gesehen haben wollen, daß er nach G. geschlagen, zu erklären sucht.

Ungeachtet des Widerspruchs der Zeugen B. und Jakob Sch., daß auf ihrem Tische kein, wohl aber auf dem Tische, an welchem die Inculpaten gesessen, ein Beil gelegen sei, behauptet auch Waldhüter F. conform mit Waldhüter S., daß er sein Waldbeil auf den hinter ihm befindlich gewesenen Tisch hingelegt gehabt, daß Waldhüter S. das seinige daran gelehnt, daß ihn dann Letz-

terer, als der Streit hinter ihnen stattgehabt, aufgefordert habe, sein Beil, damit nichts mit demselben geschehe, zu sich zu nehmen, daß er sich aber durchaus nicht erinnere, daß er dann sein Beil auch wirklich zu sich genommen, jedoch gesehen habe, daß das Beil des Waldhüters S. auf dem Boden gelegen sei.

Besondere und gewichtige Gründe, seien solche subjectiver oder objectiver Natur, die etwa den einen vor dem andern Inculpaten, abgesehen von den directen Anschuldigungen der angeführten Zeugen) im höheren Maße und vorzugsweise der angeschuldigten That verdächtigten, gibt die Untersuchung keine an die Hand; es waren vielmehr die subjectiven und objectiven Verhältnisse beider Inculpanten in Beziehung auf den Vorfall und die That in allen wesentlichen Punkten gleich; denn es wird:

a. beiden Inculpanten hinsichtlich ihres früheren Lebenswandels von allen Seiten das beste Leumundszeugniß ertheilt; beide werden als brave, fleißige, ruhige u. friedliebende Männer bezeichnet, gegen die auch noch nicht das geringste Nachtheilige bekannt geworden sei; es stimmen auch

b. alle Zeugen darin überein, daß weder Waldhüter S. noch Waldhüter F. zur Verwundung des Xaver G. an den zwischen diesem und den Glasergesellen Sch. und dem Engelwirth S. und dessen Hausknecht Jakob R. stattgehabten Streit und Raufhändel, sei es durch Worte oder That, nur den entferntesten Antheil genommen habe; es findet sich

c. auch überall keine Spur von einem zwischen G. und dem einen oder den andern der Inculpanten etwa bestandenen feindseligen Verhältnisse; es fehlt

d. bei dem einen wie bei dem andern Inculpanten in gleicher Weise an jeder Veranlassung zur Mißhandlung des G., nachdem sich die Aussage einiger den Waldhüter S. der That beschuldigenden Zeugen, daß nämlich die Streitenden so heftig an den Stuhl des Waldhüters S. (an dem Platze x.) gestoßen, daß S. in die Höhe gefahren sei, selbst wenn man hierin einen Anlaß zum Schlagen nach den Streitenden erblicken wollte, in sofern als unrichtig darstellt, daß Waldhüter S. auf keinem Stuhle, sondern mit Waldhüter F. auf ein und und derselben Bank gesessen ist, der eine wie der andere von einem etwaigen Stoße an diese Bank auf gleiche Weise berührt werden mußte, überdies, wie bereits oben angeführt, überall nicht bewiesen ist, welcher von den beiden Inculpanten den mit x. bezeichneten Platz inne gehabt hatte. Es kann weiter

e. darüber kein Zweifel obwalten, daß beide Inculpanten zur Zeit und auch schon vor der Verwundung des G. ihre Waldbeile zur Hand, nämlich zwischen den Füßen gehabt haben; denn daß dieses bei Waldhüter S. der Fall war, dies sagen die Zeugen Schreiner P. und noch fünf andere, und daß dieses eben so auch bei Waldhüter F. der Fall war, dies sagen die Zeugen B. und noch vier Andere. Ferner konnte

f. weder von dem Untersuchungsrichter, noch auch von den Zeugen in Abrede gezogen worden, daß G. den Schlag sowohl von dem mit x. als von dem mit y. bezeichneten Platze aus erhalten konnte; und wenn nun auch von einigen behauptet wird, daß dieses von y. aus nicht eben so leicht wie von x. aus habe bewerkstelligt werden können, so verliert dieser Umstand wieder dadurch an Gewicht, daß die Zeugen, wie dieses der Untersuchungsrichter zu den Acten bemerkt hat, die damalige Position der Stühle, beziehungsweise die Sitze der Personen nicht so genau zu bezeichnen vermochten, der bei jenem Urtheile vorausgesetzte Standpunkt daher ein ungewisser ist, wie es zudem, um jenen Umstand überhaupt in die Wagschale legen zu können, an der erforderlichen Gewißheit darüber, welcher von den Inculpaten sich an dem Platze x. und welcher an dem Platze y. befunden, fehlt; endlich bietet

g. auch das Benehmen der Inculpaten während und nach der Untersuchung keinen haltbaren Grund dar, um daraus mit Zuversicht, ja nur mit Wahrscheinlichkeit auf die größere oder geringere Schuld des einen oder des andern von den Inculpaten schließen zu können und zu dürfen, nachdem sich die Anzeige des Gendarmen Sch., daß Waldhüter S. dem Schreiner S. ein außergerichtliches Geständniß abgelegt habe, durch die eidliche Einvernahme des Schreiners S. nicht in solcher Weise bewährt, sondern als das Resultat eines vagen Urtheils dieses Zeugen dargestellt hat. (Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Fünfzehnter Jahrgang. №. 52. Karlsruhe, den 25. December 1847.

I.

Tödtung.

Zwei Thäter und doch kein Schuldiger!

(Schluß.)

Es wurde nun von dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises das Urtheil dahin erlassen, daß Waldhüter S. und Waldhüter F. von E. der Tödtung des Xaver G. von da für klagfrei zu erklären, und mit den Untersuchungskosten zu verschonen seien.

Es mußte nämlich bei ganz gleichen sub- und objectiven Verhältnissen der Inculpaten in Beziehung auf die ihnen angeschuldigte That der Beweis des subjectiven Thatbestandes, d. h. der Beweis der Schuld oder Unschuld des einen und des andern der Inculpaten auf das Ergebniß der Zeugenaussagen beschränkt bleiben und daraus abgeleitet werden, und wenn nun auch unter diesen, wie schon von dem Untersuchungsrichter zu den Acten beurkundet worden ist — hinsichtlich ihrer Zeugnisse-Fähigkeit, Tüchtigkeit und Glaubwürdigkeit beinahe ganz gleiche Verhältnisse obwalten, zum wenigsten nicht ein entfernter Grund vorhanden ist, der irgend einen Zweifel in die Aufrichtigkeit und Wahrhaftigkeit dieser Zeugen Raum gäbe; wenn es ferner nach dem Artikel 67 der Carolina und dem §. 14 unseres Strafedicts gesetzliche Vorschrift ist, daß die Aussage zweier vollgültiger beeidigter Zeugen vollständigen gesetzlichen Beweis zu liefern geeignet sei; wenn man weiter mit den Criminal-Rechtslehrern zugeben muß, daß eine mathematische Abwägung der Glaubwürdigkeit und Beweiskraft der einzelnen Zeugen in ihrem gegenseitigen Verhältnisse weder thunlich noch zuläßig und wenn es endlich, nach dem schon in der L. 21 §. 3. D. de testibus sanctionirten Grundsatze bei sich direct widersprechenden Zeugenaussagen auf die bloße Mehrzahl der Zeugen auf der einen oder der andern Seite nicht ankommen kann *), so liegt nach dem angeführten Ergebnisse der Zeugenaussagen hier der vollständige juristische Beweis vor: daß Waldhüter S. und eben so Waldhüter F. derjenige gewesen, der dem Xaver G. den tödtlichen Streich auf den Kopf versetzt hat.

Steht nun aber, nachdem das Resultat der gerichtlichen und gerichtsärztlichen Untersuchung ganz zweifellos nachweist, daß Xaver G. nur einen einzigen Schlag erhalten hat und daß überhaupt nur ein einziger Schlag nach ihm geführt worden ist, diesem juristischen Beweise der absolute Gegenbeweis insofern entgegen, daß dem Getödteten dieser eine Schlag nur entweder von Waldhüter S. oder von Waldhüter F. versetzt worden sein konnte, und daß daher nur der eine der Inculpaten der Schuldige sein kann, der andere dagegen nothwendig unschuldig sein muß, so tritt hinsichtlich der sich direct widersprechenden Zeugenaussagen der Fall ein, in welchem die beiderseitigen sich direct widersprechenden und nicht miteinander zu vereinigenden Zeugenaussagen für gegenseitig aufgehoben erachtet werden müssen, oder in welchem zum Wenigsten — wie sich Mittermaier in seiner Abhandlung über die Lehre vom Beweis im deutschen Strafprocesse §. 47 ausdrückt — „in der Seele des Richters der Zustand des Zweifels herbeigeführt wird", der den zu einer Verurtheilung erforderlichen Beweis des subjektiven Thatbestandes ebenfalls wieder ausschließt.

Indessen bleiben beide Inkulpanten auf dem Grund

*) Man vergleiche dazu die §§. 515 und 517 der bürgerlichen Proceßordnung. D. R.

der gegen sie sprechenden Zeugenaussagen und bei für keinen derselben vorliegendem, vollständigem Exculpations-Beweis in gleicher Weise der ihnen angeschuldigten That verdächtig und zwar wohl verdächtig genug um im Hinblick auf §. 18 unseres Strafedikts den einen wie den Andern der Tödtung des Xaver G. für klagfrei zu erklären.

v. Hunolstein. *)

II.

Zu Landrechtsatz 1587.

Ist dieser Landrechtsatz blos bei gewöhnlichen bürgerlichen Weinkaufverträgen maßgebend und nicht auch bei Handelsgeschäften, z. B. zwischen Wirthen und Weinhändlern? In dem einen Falle hat das Hofgericht des Mittelrheinkreises die Frage verneint und in dem anderen dieselbe bejaht.

Erster Fall.

Der Kläger war mit seiner Forderung für verkauften Wein im Betrage von 117 fl. 45 kr. vom Richter erster Instanz abgewiesen.

Dieses Urtheil erhielt unterm 22. Mai 1844 die hofgerichtliche Bestätigung.

Gründe.

Wie unter den Theilen unbestritten ist, lieferte Kläger dem Beklagten auf ein Muster hin eine Quantität Wein von 736 Maas zu dem Preise von 117 fl. 45 kr. Kläger verlangt nunmehr von dem Beklagten die Zahlung des Preises und gründet seinen Anspruch darauf, daß der gelieferte Wein dem Muster entsprochen und Beklagter auch den Wein ohne Weiteres angenommen habe.

Der Beklagte glaubt dagegen zur Zahlung des Preises nicht verbunden zu sein, weil der gelieferte Wein dem Muster nicht entsprochen und er gleich beim Abladen des Weines dem Kläger erklärt habe, daß er solchen nicht annehme und behalte. Da beide Theile nicht allein über den Preis, sondern auch über die Waare vollkommen einig waren, indem nämlich Beklagter Wein von der Qualität des ihm zugestellten Musters kaufte, so bedurfte es hier zur Perfection des Kaufes nicht erst noch der im Landrechtsatz 1587 geforderten Prüfung und Billigung und es hat Beklagter den Kaufpreis zu zahlen, wenn Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt, nämlich den Wein nach dem Muster geliefert hat; und ebenso ist Beklagter zur Zahlung des Preises gehalten, wenn er ohne Rücksicht, ob der gelieferte Wein dem Muster entspreche oder nicht, zu erkennen gab, daß er den Wein annehmen und behalten wolle. Landrechtsatz 1108 b., Handelsrechtsatz 92 a. l.

Daß der gelieferte Wein dem Muster entsprochen, darüber hat Kläger den ihm auferlegten Beweis lediglich durch Eideszuschiebung angetreten. Da Eideszuschiebungen nur über eigene Handlungen des Delaten stattfinden (Landrechtsatz 1359, Proceßordnung §. 574 Nr. 1), hier aber der Beklagte lediglich ein eidliches Gutachten darüber ablegen sollte, ob der gelieferte Wein dem Muster entsprochen habe, so erscheint der zugeschobene Eid als unzulässig.

Was sodann die von dem Kläger behauptete Annahme des Weines betrifft, so erscheint solche als völlig unerheblich, da Beklagter durch die eidlich abgehörten vier Zeugen bewiesen hat, daß er während des Abladens des Weines dem Kläger ausdrücklich erklärte, daß der Wein nicht nach dem Muster sei und er solchen nicht behalte.

Kläger erscheint sonach durch das amtliche Erkenntniß nicht beschwert.

Zweiter Fall.

Auch hier hatte der Unterrichter den Kläger mit seiner Forderung zu 79 fl. 33 kr. für verkauften Wein abgewiesen, wogegen das Hofgericht auf die vom Kläger eingewandte Appellation durch abänderndes Erkenntniß vom 3. Februar 1847 den Beklagten zur Zahlung verurtheilte.

Gründe.

Die Partheien sind darüber einig, daß der Beklagte unterm 30. Oct. 1844 bei dem klagenden Handlungshaus 540 Litres Wein um den Preis von 86 fl. 33 kr. bestellte, diese Waare einige Tage später in zwei Fässern erhielt und die im Betrag von 7 fl. 20 kr. ausgelegte Fracht dem Verkäufer aufzurechnen befugt ist. Dagegen weigert sich der Beklagte, die sich hier noch ergebende Kaufpreisrestschuld von 79 fl. 33 kr. zu zahlen, weil er den Wein nur auf Probe gekauft und sogleich bei Empfang desselben durch den überliefernden Fuhrmann den Kläger schriftlich benachrichtigt habe, daß er den Wein nicht behalte, und zu des Verkäufers Verfügung stelle.

Da bei der unbestrittenen Eigenschaft des Beklagten, als eines Gastwirths in dem vorliegenden Rechtsgeschäfte

*) Amtmann in Ettlingen.

offenbar ein Ankauf zum Zwecke des Wiederverkaufs auf Gewinn und deshalb nach Handelsrechtsatz 1 ein Handelsgeschäft in Frage steht (abweichend von dem bei gewöhnlichen bürgerlichen Weinkaufsverträgen maßgebenden Grundsatze des Landrechtsatzes 1587), so lag ihm nach Handelsrechtsatz 92 a. c. die Verbindlichkeit ob, den Kaufsbesorger (beziehungsweise den Verkäufer, vergl. Handelsrechtsatz 92 a. a.) längstens innerhalb 14 Tagen vom Ankauf der Waare an über seine des Empfängers Unzufriedenheit mit der Beschaffenheit der Waare in Kenntniß zu setzen und dieser Benachrichtigung ein Zeugniß zweier Sachverständigen über den Erfund der Waare beizulegen. Die Erhebung und Anlage eines solchen Zeugnisses ist von Seiten des Beklagten, welcher zur Zeit der am 5. Juli 1845 erhobenen Klage unbestrittener Maßen noch im Besitz des fraglichen Weines sich befand, gar nicht behauptet worden; dagegen wurde ihm bereits durch die untergerichtliche Zwischenverfügung vom 10. October 1845, der Beweis der von ihm behaupteten alsbaldigen Benachrichtigung an den Kläger hinsichtlich der Nichtannahme des Weines auferlegt.

Da jedoch der Beklagte diesen Beweis in vorliegender, nach §. 673 Nr. 2 der Proceßordnung im abgekürzten Verfahren zu verhandelnden Rechtssache erst nach Ablauf der 14tägigen, nach Artikel 7 der Proceßnovelle unerstrecklichen Beweisfrist, angetreten hatte, so hätte alsbald, ohne weitere Rücksichtsnahme auf die von Beklagter Seite in Vorschlag gebrachten Beweismittel, dem Antrage des Klägers gemäß die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Forderung vom Richter erster Instanz erfolgen sollen. Da nun an statt dessen der Unterrichter bei Fassung des Erkenntnisses von der dem Beweisdekrete zu Grunde liegenden Ansicht wieder abging und den Kläger auf den Grund des hier nicht anwendbaren Landrechtsatzes 1587 abwies, so mußte auf anher ergriffene Berufung nach Ansicht der Landrechtsätze 1650, 1651, 1875 *), sodann des Landrechtsatzes 1153, hinsichtlich der geforderten Verzugszinse abändernd erkannt werden.

Es fragt sich nun, welche von diesen Entscheidungen ist die richtige? Die Beklagten in beiden Rechtsstreiten besaßen unbestritten die Eigenschaft als Gastwirthe und

*) Dieses Allegat scheint irrig zu sein. D. R.

es ist deshalb die Vorfrage zu berücksichtigen, ob auf Wirthe als solche die Handelsrechtsätze 1 und 92 anzuwenden sind. Nach der letztern Entscheidung des Großh. Hofgerichtes könnten sämmtliche Wirthe, die Wein kaufen, von dem bei gewöhnlichen bürgerlichen Weinkaufsverträgen maßgebenden Grundsatze des Landrechtsatzes 1587, welcher dahin lautet: daß bei Wein, Oel und andern Sachen, die man vor dem Kaufe zu kosten oder zu prüfen pflegt, der Kauf nicht abgeschlossen ist, ehe der Käufer sie geprüft und gebilligt hat, keinen Gebrauch machen.

Ist die letztere Ansicht des Hofgerichts die richtige, so muß der Handelsrechtsatz 1 noch weiter und zwar nicht nur allein auf Wirthe, sondern auch auf viele Gewerbtreibende, die Waaren zum Zwecke des Wiederverkaufs auf Gewinn ankaufen, ausgedehnt werden.

v. Hunolstein.

Anmerkung der Redaktion.

Vor allem wird darauf zu sehen sein, ob nicht in thatsächlicher Beziehung zwischen beiden Fällen ein erheblicher Unterschied besteht.

Im ersten Falle wurde nach Muster, im zweiten auf Probe gekauft. Da nun die Vergleichung der gelieferten Waare mit dem Muster in der That nichts anders als eine Probe ist, so scheint zwischen dem Kauf nach Muster und jenem auf Probe keine Verschiedenheit obzuwalten.

Die Schließung eines Kaufs auf Probe gilt nach Landrechtsatz 1588 für eine aufschiebende Bedingung. Indessen war hier das ausdrückliche Geding der Probe überflüssig, weil solche, da Wein verkauft wurde, nach Landrechtsatz 1587 für stillschweigend vorbehalten gilt. Bevor der Käufer den Wein geprüft und gebilligt hatte, konnte der Kauf nicht für abgeschlossen angesehen und folglich der Kaufschilling nicht gefordert werden.

Auch folgt daraus, daß die Prüfung und Billigung der Waare dem Käufer zusteht, ganz von selbst, daß er nicht schuldig ist, die letztere binnen einer gewissen Frist expertisiren zu lassen. Die Handelsrechtsätze 92 ac. u. al. sind daher auf die vorliegenden Käufe, wenn gleich dieselben unter den Begriff von Handelsgeschäften (Handelsrechtsatz 1) fallen, nicht anwendbar.

Der Kläger mußte allemal abgewiesen werden und zwar in dem ersten Falle, weil er den Beweis, daß Beklagter

den Wein angenommen, nicht geführt, im zweiten Falle aber darum, weil er die zur Begründung der Klage erforderliche Thatsache, daß der Beklagte den Wein gebilligt, gar nicht behauptet hatte. D. R.

III.

Findet die Berufung gegen die Versagung eines unbedingten Befehls ohne Rücksicht auf das Dasein der Appellationssumme statt?

§§. 703, 715 (Art. 8 Pr. Novelle), 1179, 1, Pr.-Ordn.

L. klagte gegen H. auf Strich eines Pfandeintrags, den der Beklagte — unter Verwahrung gegen die Verbindlichkeit zur Tragung der Kosten — bewilligte, bevor es zur Verhandlung kam.

Nun reichte der klägerische Anwalt das Verzeichniß seiner auf 36 fl. 17 kr. berechneten Deserviten ein und bat, sie zu dekretiren, den von dem Gegentheil zu ersetzenden Betrag der Kosten festzustellen und dem Beklagten aufzugeben, diesen Betrag dem Kläger in kurzer Frist bei Vermeidung der Vollstreckung zu ersetzen.

Der Unterrichter verfügte hierauf, das Gesuch um unbedingten Befehl finde zur Zeit nicht statt.

Hiergegen wurde — als gegen eine Ladungsversagung — von dem Kläger appellirt.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Sen.) verwarf jedoch die Berufung als **unzulässig** — aus folgenden **Gründen:**

Die Verfügung vom 19. Jan. 1847 Nr. 302, worin der Unterrichter aussprach, das Gesuch des Klägers um unbedingten Befehl finde zur Zeit nicht statt, enthält nicht die Versagung einer Ladung, sondern verweigert dem Kläger die Erlassung des von ihm ohne weitere Verhandlung begehrten unbedingten Zahlungsbefehls, eines ohne Gehör des Beklagten zu erlassenden Urtheils.

Gegen eine derartige Versagung des Beginns des Proceßverfahrens mit dem Urtheil — findet aber, ebenso wie gegen den, einen unbedingten Befehl wieder aufhebenden Beschluß — das Rechtsmittel der Appellation nicht unter der Begünstigung des

§. 1175, 1, Proceßordnung (Art. 4 Pr.-Novelle)

(der als Ausnahmsgesetz ohnehin streng auszulegen ist und die Paragraphen der Proceßordnung ausdrücklich bezeichnet, deren Fälle von ihm beachtet werden wollten) sondern nach

Art. 8 der Proceßnovelle

nur in der **gewöhnlichen** Weise, d. h. nur unter der Voraussetzung der

§§. 1172, 1173 der Proceßordnung

statt.

Für diese Auslegung spricht auch der:

a. Mangel einer Rechtsähnlichkeit zwischen der Verfügung des §. 703 und den Fällen der §§. 358 f. der Proceßordnung; denn die abschlägliche Verbescheidung eines Gesuchs um unbedingten Befehl ist nur insoweit der Rechtskraft empfänglich, als dadurch die Zulassung einer Proceßart (der gewählten besonderen Form des Verfahrens) aberkannt wurde, wogegen die Verfolgung des materiellen Theils, des Anspruchs selbst, im gewöhnlichen Verfahren durch jenen Bescheid nicht abgeschnitten, die Forderung selbst nicht abgesprochen ist.

b. Grundsatz der Gleichheit beider Theile vor dem Gesetze, insofern der Beklagte, dessen Einsprache gegen einen erlassenen unbedingten Befehl verworfen wird, hiergegen auch nur dann appelliren kann, wenn der Streitgegenstand mindestens 50 fl. beträgt.

§§. 718, 1172, 1173 der Proceßordnung.

Da nun Kläger bei dem Unterrichter nur 36 fl. 17 kr. gefordert hat, so ist hiernach das eingeführte Rechtsmittel unzulässig. **Stempf.**

IV.

Der Vollzug des Forststrafgesetzes, insbesondere die volle Beweiskraft der Angabe des Waldhüters, §§. 186 und 208 des Gesetzes vom 15. November 1833.

Nicht nur bei einem einzelnen unteren Forstgerichte, sondern sogar bei einem Obergerichte in Forststrafsachen ist die Ansicht geltend, daß es zur vollen Beweiskraft der Angabe eines Waldhüters hinsichtlich des Thatbestandes des Frevels sowohl als der Person des Frevlers genüge, wenn er seine Wahrnehmung auf den Grund seiner Dienstpflicht behaupte, und seine Behauptung, daß er den Thatbestand des Frevels und die Person des Frevlers selbst wahrgenommen habe, nicht geschwächt wurde.

Der §. 208 des Forststrafgesetzes im Zusammenhalte mit dem §. 186 rechtfertigt aber weder dem Geiste noch dem Wortlaute nach diese Ansicht, sondern er verlangt mehr förmliche Bürgschaften, wenn dem nach der Natur der Forstfrevel und ihrer Entdeckung zwar nothwendigen, aber immerhin nur letzten Hülfsmittel zum Beweise — der Behauptung einer einzelnen Person — die Kraft des vollen Beweises zukommen soll; wenn die einseitige Aussage einer einzelnen Person die entgegengesetzte Aussage einer oder mehrerer Personen, welche unter den Folgen der ersten zu leiden hätten, entkräften solle.

Nach §. 186 „ist der Waldhüter verbunden ein Tagebuch zu führen, in welches er in ununterbrochener Folge alle von ihm gemachten Entdeckungen und gesammelten Nachrichten über Frevel umständlich eintragt, und welches er mit jedem Tage abschließt ꝛc. Alle Einträge müssen vom Waldhüter selbst geschrieben und unterzeichnet sein. Er hat jede Woche sein Tagebuch dem Bürgermeister und jeden Monat dem Bezirksförster zur Beurkundung vorzulegen.“

Nach §. 208 hat „die auf eigene Wahrnehmung gebaute Angabe des Waldhüters ꝛc. in soweit sie mit dem Inhalte des vorschriftmäßig geführten und beurkundeten Tagebuches oder aufgenommenen Protokolles übereinstimmt, in Bezug auf den Thatbestand eines Forstfrevels, sowie hinsichtlich der Person des Frevlers die Kraft eines vollen Beweises, sofern nicht im einzelnen Falle Gründe vorhanden sind, durch welche die Glaubwürdigkeit der Angabe des Waldhüters geschwächt wird.“

Hiernach wird es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß beim Läugnen eines als Forstfrevler Angezeigten und beim Mangel anderer Beweismittel zur Ueberführung desselben als Frevler der Richter nur dann ein Straferkenntniß erlassen kann, wenn

1) dem Richter ein Tagebuch von dem die Angabe machenden Waldhüter vorliegt,
2) dieses ordnungmäßig nach §. 186 geführt und beurkundet ist,
3) die Angabe mit dem Inhalte des Tagebuches übereinstimmt, und
4) keine Gründe vorliegen, durch welche die Glaubwürdigkeit der Angabe des Waldhüters geschwächt wird.

Beim Mangel eines der unter Ziffer 1, 2 und 3 bemerkten Erfordernisse, oder beim Vorhandensein des unter Z. 4 bemerkten Umstandes ist aber ein Straferkenntniß nichtig und es erscheint daher als dringendes Bedürfniß, daß die im Eingange erwähnte Ansicht aufgegeben oder beseitigt werde.

E. Haager.

V.

Großer Forstfrevel.

Rechtsfall zur Auslegung des §. 169 des abgeänderten Forstgesetzes.

Fidel K. von Hardheim war durch Urtheil des Hofgerichtes des Unterrheinkreises vom 1. Juni 1847 wegen Verübung mehrerer, innerhalb dreier auf einander folgenden Thätigungsperioden (Periode IV. V. und VI. von 1846) vorgefallener, Forstfrevel im Gesammtbetrag von 25 fl. 31 kr. gemäß §. 169 des abgeänderten Forstgesetzes des ersten großen Forstfrevels für schuldig erkannt und deßhalb zu einer bürgerlichen Gefängnißstrafe von vier Wochen, zum Ersatz u. s. w. verurtheilt worden.

Schon in der nächstfolgenden Thätigungsperiode, (der Periode I. des Jahres 1847) ließ sich der nämliche Fidel K. eine Reihe weiterer Forstfrevel im Gesammtbetrag von 12 fl. 46 kr. zu Schulden kommen. Da diese neuen Frevel vor der Erlassung des erwähnten Urtheils Statt fanden, so konnten sie nicht gemäß §. 169 c. des alten F. G. als Rückfall behandelt werden; dieses ist einleuchtend klar. Dagegen entstanden darüber Zweifel, ob jene jüngsten Uebertretungen wieder als großer Forstfrevel anzusehen waren, weil die Werthe und Schadensbeträge der beiden vorangehenden Perioden 12 fl. 7 kr. und 6 fl. 56 kr., alle Beträge der 3 Perioden zusammengenommen, mithin abermals über 25 fl. ausmachten.

Der entgegensetzten, jedoch wie ich dafür halte und unten nachzuweisen suchen werde, unrichtigen Ansicht folgte der Gerichtshof, indem er annahm, daß kein großer Frevel und deßhalb kein Grund zur Fällung eines hofgerichtlichen Urtheils vorliege.

Das Bezirksamt beantwortete die Frage bejahend und legte demgemäß die Acten dem Hofgericht vor, indem es eine vier Wochen Gefängniß übersteigende Strafe für verwirkt ansah.

Zur Begründung dieses Ausspruches wurde bemerkt: Die Frevel, deren sich Fidel K. in der Periode I. des J. 1847 schuldig machte, betrügen nur 12 fl. 46 kr. also für sich keinen großen Frevel, (§. 169 des alten F. G.) Würde man die Frevel der beiden vorhergehenden Perioden im Betrag von 12 fl. 7 kr. und 6 fl. 56 kr. hinzurechnen, so würde sich allerdings ein großer Frevel ergeben. Allein dieß sei unzulässig, weil die Frevel der Periode V. und VI. vom Jahr 1846 bereits im Urtheile vom 1. Juni als Bestandtheile eines von dem Angeschuldigten verübten großen Forstfrevels in Betracht gezogen und bestraft worden seien, dieselben daher bei nochmaliger Berücksichtigung doppelt bestraft werden würden, was unstatthaft sei.

Zwar scheine die allgemeine Fassung des angeführten §. 169, welche nicht unterscheide, ob die Frevel der früheren Periode schwere oder einfache, ob sie bestraft sind oder nicht, eine solche wiederholte Berücksichtigung der früheren Frevel in ähnlicher Weise zu gestatten, wie der §. 76 des Strafedikts die Berücksichtigung der Summe des ersten Diebstahls vorschreibe, um den Charakter des zweiten Diebstahls zu bestimmen.

Dieß widerlege sich aber durch folgende Betrachtung: Rückfall in den Frevel trete gemäß §. 168 des alten F. G., verglichen mit §. 184 des neuen Strafgesetzbuchs, nur nach Verkündung des Urtheils über die früheren Frevel ein. Nun sei das Urtheil über den ersten großen Frevel noch nicht erlassen gewesen, als die Frevel der I. Periode 1847 begangen wurden, mithin wären letztere, wenn man sie als großen Frevel ansähe, kein Rückfall. Ebensowenig könnten sie aber als Fortsetzung des ersten großen Frevels betrachtet werden, weil der mehrerwähnte §. 169 einen großen Frevel als vorhanden annehme, sobald die Frevel von ein bis drei Perioden den Betrag von 25 fl. übersteigen, woraus folge, daß die Frevel der IV. Periode gar nicht berücksichtigt werden dürfen. Sonach würden die Frevel der I. Periode 1847 einen großen Frevel bilden, welcher nicht erster, großer Frevel, noch Fortsetzung eines solchen, noch Rückfall wäre. Eine solche Mittelgattung von Vergehen kenne das Forstgesetz, nicht wie sie auch den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen zuwiderlaufen würde.

Die Rechtsähnlichkeit der Bestimmungen über Diebstähle könne hier nicht zur Anwendung kommen, weil das Gesetz die Forstfrevel weit milder beurtheile als die Diebstähle.

Es müsse deßhalb der angeführte §. 169 so ausgelegt werden, daß er weder zu diesen unstatthaften Folgerungen, noch zur doppelten Bestrafung der nämlichen Frevel führe, nämlich so daß jedesmal, wenn die Frevel von 1—3 Perioden den Betrag eines großen Frevels erreicht hätten, dadurch ein Abschnitt entstehe, von welchem eine neue Periode des Zusammennehmens der Frevel beginne, die mit der früheren nur insofern in Verbindung stehe, als die in der neuen Periode verübten Frevel an und für sich einen großen Frevel bilden, und dieser dann wegen des früheren gleichen Vergehens als Rückfall erscheine.

Hienach liege ein großer Frevel nicht vor. — Da nun auch andere Gründe, welche den Ausspruch einer mehr als 4 wöchentlichen Freiheitsstrafe rechtfertigten, nicht ersichtlich seien, so eigne sich der Fall gemäß §. 200 des a. F. G. lediglich zur Aburtheilung durch das Bezirksamt, als die für gewöhnlichen Forstfrevel zuständige Behörde, vorbehaltlich des Rekurses an die Großherzogliche Kreisregierung.

Dieses sind die hofgerichtlichen Gründe, welche mich, wie bereits angedeutet wurde, von der Richtigkeit der vom Gerichtshofe im obigen Falle angenommenen Ansicht nicht zu überzeugen vermögen, für die entgegengesetzte Meinung erscheint mir nämlich Folgendes entscheidend.

1. Der Wortlaut des fraglichen §. 169 („Wenn bei einem einzelnen Frevel oder bei den innerhalb dreier Thätigungsperioden verübten Freveln zusammengenommen der Werth des Entwendeten und der Schaden über 25 fl. beträgt" u. s. w.) spricht klar und entschieden aus, welcher Frevel künftig als ein großer gelten solle, nämlich, nicht nur jeder, welcher für sich allein den Werth- und Schadens-Betrag von 25 fl. übersteigt, sondern auch ein für sich allein weniger betragender Frevel in dem Falle, wenn der Betrag seines Werthes und Schadens in Zusammenrechnung mit Werth und Schaden der Frevel der zwei vorhergehenden Perioden über 25 fl. ausmacht. Es muß daher, wenn nicht ein schon für sich allein über 25 fl. betragender Frevel vorliegt, immer der Betrag der beiden nächstvorhergehenden Perioden verglichen werden; (Perioden, die sich unmittelbar folgen, hat ohne Zweifel

der Gesetzgeber gemeint, obwohl er dieses besonders auszudrücken unterlassen hat) das Ergebniß entscheidet dann, ob ein großer Frevel vorhanden ist oder nicht. Da das Forstgesetz im §. 169 ohne alle Unterscheidung jene vergleichende Berechnung anordnet und auch sonst keine Stelle des Forstgesetzes selbst, wodurch sich die Unterscheidung des Hofgerichtes rechtfertigte, aufzuweisen ist, so darf auch der Richter nach der bekannten Auslegungsregel nicht unterscheiden, insolange nicht ein offenbarer Verstoß in der Wortfassung nachgewiesen werden kann beziehungsweise so lange nicht aus anderen Gesetzen oder aus den verfassungsmäßigen Quellen des Gesetzes oder doch sonst einleuchtend klar gezeigt werden kann, daß der Gesetzgeber ungeachtet seiner unbeschränkten Sprachweise an gewisse Fälle gar nicht dachte. Das Gesetz sagt Alles was nothwendig im Umfange seiner Worte liegt. Dieser Hauptgrundsatz der Auslegung findet seine sichere Grundlage in der allgemeinen Lehre folgerichtigen Denkens. Seine Anerkennung ist ebenso im römischen Rechte,

vergl. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung, §. 12—14 und §. 23, 24.

Vangerow, Leitfaden zu Pandectenvorlesungen §. 24. Ziff. 3.,

auch in unseren badischen Gesetzen nachzuweisen,

vergl. Landrechtsatz 6 a. 1100 d. c. 1156 a.

Mag man auch nicht mit Thibaut am angeführten Orte die von der Ungereimtheit des Gegentheils hergeleitete Schlußfolgerung gegen den Wortverstand des Gesetzes, das s. g. argumentum ab absurdo, bei Fällen, wo in der Wortfassung selbst keine Zweideutigkeit liegt für ganz unzuläßig erachten, so ist doch so viel unbestreitbar, daß nur der Nachweis eines förmlichen Widersinnes, einer eigentlichen Ungereimtheit, wie sie gar nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen konnte, den Wortverstand des Gesetzes zu überwältigen geeignet sein kann, weil sonst der gefährlichsten Willkür Thür und Thor geöffnet wäre, indem heute dieser, morgen jener Richter einen Ausspruch des Gesetzes als seiner Vernunft nicht zusagend beseitigen könnte.

Ein solcher Nothfall, welcher etwa zur Beschränkung unserer allgemein redenden Gesetzesstelle berechtigen könnte, ist sicher nicht vorhanden: Ebensowenig ist aber nachzuweisen, daß die Absicht des Gesetzgebers auf einen beschränkteren Ausspruch gerichtet war, als seine Worte.

2. Fragt man nämlich nach der Absicht des Gesetzgebers in Bezug auf die in Zweifel gezogene zweite Hauptart des großen Frevels, so muß man freilich vor Allem beklagen, daß weder in der von der Regierung gegebenen Begründung zu den Abänderungen des Forstgesetzes und im begleitenden Vortrag des Regierungscommissärs, Ministerialrath Vogelmann (Beilage Nr. 158 zum Protokoll der 26. Sitzung der I. Kammer vom 26. April 1844) noch in dem vom Abgeordneten Weizel in der II. Kammer erstatteten ausführlichen Commissionsberichte (Beilage II. zum Protocoll der 130. Sitzung vom 20. December 1844) irgend etwas zur Erklärung dienliches gesagt, vielmehr auf jene besondere Art des großen Frevels gar nicht näher eingegangen würde, während doch in Vergleichung mit dem ursprünglichen §. 169, wonach nur je Eine Thätigungsperiode, also eine Reihe von durchgehends unbestraften Freveln in Betracht kam, eine sehr wesentliche Neuerung eingeführt wurde, die wohl eine besondere Bevorwortung verdient hätte.

Es leuchtet indessen bei näherer Betrachtung des Gesetzes alsbald ein, daß bei der fraglichen Art des großen Frevels der vergleichende Rückblick auf die Frevel der zwei vorangehenden Perioden blos zur Bestimmung des Werthes und Characters (zur Characterisirung) des jüngsten Frevelfalles Statt findet, daß mithin keineswegs die vorhergegangenen Frevel im geeigneten Falle noch einmal bestraft werden, sondern nur eine strengere Behandlung des jüngsten Frevelfalles deßhalb eintritt, weil der Frevler die für leichte Frevel in Bezug auf den Betrag des Werthes und Schadens in einer gewissen Zeit gesetzten Grenzen überschritten hat, weil seine Frevel gleichsam zu dick und zu dicht gefallen sind, und aus diesem Grunde sein Anspruch auf gelindere Behandlung als verscherzt gilt. Ob die früheren Frevel bestraft sind oder nicht, ist hier gleichgültig, weil es sich gar nicht um einen Rückfall und ebensowenig um eine Fortsetzung, vielmehr nur um Characterisirung des jüngsten Falles handelt. Jene Vergleichung der früheren Frevel hat daher immer ohne alle Rücksicht auf die frühere Bestrafung zu geschehen und es kann auch nicht darauf ankommen, ob die eine oder andere der vorangehenden Perioden schon einmal zur Vergleichung in Betracht gezogen wurde oder nicht.

3. Ganz richtig ist es, daß in dem obenbeschriebenen

Falle der fragliche Frevel nicht als ein Rückfall in den großen Frevel mit noch härterer Strafe belegt werden könnte, weil die Verurtheilung wegen des frühern großen Frevels der neuen That nicht voranging; warum sollte er aber deshalb nicht wenigstens als ein großer Frevel bestraft werden können, wenn er sonst dessen Merkmale an sich trägt? Daß der fragliche Frevel auch nicht als eine Fortsetzung des frühern Frevels sich darstellt, ist gleichfalls richtig, ersterer erscheint demgemäß als ein weiterer besonderer großer Frevel, der noch nicht von der Rückfallsstrafe betroffen wird. Will man darin eine auffallende Eigenheit finden, so ist in Erwägung zu ziehen, daß diese Eigenheit eben gerade dadurch herbeigeführt wird, daß das neue Forstgesetz hier überhaupt zur Bestimmung eines großen Frevels nicht etwa auf das Maß früherer Frevel schlechthin, sondern nur auf das Maß sämmtlicher Frevel eines festbestimmten Zeitraumes Rücksicht nimmt, ein Verfahren, was im sonstigen Strafrecht, namentlich in der Lehre vom großen Diebstahl, kein vollkommen zutreffendes Gegenstück hat und haben kann, (hinsichtlich der Feldfrevel ist §. 397 — 99 des neuen Strafgesetzbuches zu vergleichen und dabei zu beachten, daß in §. 399 nur von einer Reihe noch unbestrafter Frevel die Rede ist), übrigens zeigt sich die Scheu vor einer „den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen zuwiderlaufenden Mittelgattung von Vergehen," eine Scheu, welche bei obiger Entscheidung vorzüglich den Ausschlag gab, ganz abgesehen von dem oben unter Ziffer 1 über die Festhaltung des klaren Wortverstandes eines Gesetzes Gesagten, in der That als unbegründet, wenn man, wie es hier zulässig, ja nothwendig ist, auf die allgemeinen Grundsätze unseres neuen Strafgesetzes Rücksicht nimmt. Vergleicht man nämlich die vernunftgemäße Beschränkung des Begriffes eines fortgesetzten Verbrechens, welche künftighin nach §. 180 eintritt, insofern fortan die verschiedenen Uebertretungen des nämlichen Gesetzes, um als ein fortgesetztes Verbrechen gelten zu können, in der Regel (abgesehen von den besonderen Ausnahmen §. 478 u. s. w.) als Ausführung des nämlichen, auf ein bestimmtes Verbrechen gerichteten Entschlusses erscheinen müssen, und vergleicht man hiemit die in §. 184 enthaltene, ebenfalls vernunftgemäße Beschränkung des Begriffes eines Rückfalles, so läßt sich nicht verkennen, daß in Zukunft gar nicht so selten Fälle zur Aburtheilung kommen werden, in welchen wegen Nichtvorhandenseins der Erfordernisse der beiden genannten Paragraphen allerdings eine ähnliche Mittelgattung von Vergehen (z. B. ein weiterer gefährlicher Diebstahl oder Raub, welcher weder als Fortsetzung des ersten noch als Rückfall in den ersten erscheint) hervortreten wird.

4. Eine allzugroße Härte kann ich in der Anwendung des Gesetzes, wie es lautet, nicht finden. Ein Frevler, welcher in zwei unmittelbar vorangehenden Perioden allzu unbescheiden am Forsteigenthum sich vergriffen hat, soll eben durch den Ernst des Gesetzes, soweit möglich, genöthigt werden, das nächste Mal oder die nächsten Male je nach Verhältniß des frühern Werths und Schadens gar nicht, oder doch nur in bescheidenem Maße zu freveln. Hätte sich unser Fidel K. in der Periode I. des Jahres 1847 einigermaßen bescheiden verhalten, so würde er immerhin noch der Milde des Gesetzes sich erfreut haben. Er konnte ja in der Periode I. bis zum Gesammtbetrag von 5 fl. 57 kr. und, diesen höchsten Betrag vorausgesetzt, in Periode II. sogar bis zum Betrag von 12 fl. 7 kr. freveln, ohne wenigstens von der Schärfe des §. 169 des alten Forstgesetzes erreicht zu werden; es stand ihm somit ein Spielraum frei, den so viele gewöhnliche Frevler gar nie oder nur selten überschreiten werden. Statt sich hiemit zu begnügen frevelte er dagegen schon in der Periode I. des Jahres 1847 in einer Weise, daß Werth und Schaden sich auf 12 fl. 46 kr. herausstellte, was schon für sich ein ziemlich bedeutender Betrag ist, und die Annahme, daß kein bloßer Nothfrevel vorliegt, wohl rechtfertigt.

Auf die Milde des Forstgesetzes beruft sich übrigens die Gegenansicht hier nicht mit Glück, da es ja gerade ein Hauptzweck des Abänderungsgesetzes war, in Bezug auf schwerere Forstvergehen die frühere allzugroße Milde des Forstgesetzes, welche zur Verwüstung der Forste zu führen drohte, in angemessener Weise zu beseitigen, wie dies aus den oben angeführten landständischen Actenstücken deutlich hervorgeht.

Das Bisherige wird genügen, um die Unhaltbarkeit der von mir bekämpften Auslegung des §. 169 zu zeigen.

Darin übrigens stimme ich der Ansicht des Gerichtshofes vollkommen bei, daß derselbe, insofern er die fraglichen Uebertretungen nur als gewöhnliche Forstfrevel ansehen konnte, der bekannten Rechtsbelehrung vom 21. August 1813 (Regierungsblatt S. 161) ungeachtet, nicht in der Lage war, ein Straferkenntniß gegen den Frevler zu erlassen. Gewöhnliche Frevel können in keinem Falle von den Hofgerichten abgewandelt werden, da sonst ein etwaiger Rekurs entweder vom Hofgerichte an die Regierung, oder (der Bestimmung des §. 200 des Forstgesetzes und der Natur des Vergehens zuwider) an das Oberhofgericht gehen oder aber ganz abgeschnitten sein müßte. Das Erste, das Andere und das Dritte erscheint gleich unzulässig.

Eduard Brauer.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro. 1. Karlsruhe, den 16. Januar. **1847.**

1.

Rechtsgeschäfte, welche ein Minderjähriger ohne Mitwirkung seines Vormundes eingegangen hat, sind nur wegen Verletzung anfechtbar und nicht schon kraft Gesetzes ungültig, es sei denn, dass das einzelne Geschäft nur unter besonderen gesetzlich vorgeschriebenen Formen eingegangen werden kann. *)

C. c. 1124, 1125, 1304, 1305.

Sirey 1844 I. S. 497—501.

Ein Minderjähriger, der konscriptionspflichtige Novel, schloß unter dem Vorgeben volljährig zu sein, mit Simon eine Uebereinkunft ab, wodurch er sich verpflichtete, diesem 650 Frcs. zu zahlen, Simon aber die Verbindlichkeit übernahm, für Novel einen Mann zu stellen, wenn diesen das Loos zum Kriegsdienste treffen würde. Novel zog eine gute Nummer. Als nun Simon die Auszahlung der vereinbarten Summe verlangte, so verweigerte sie Novel unter dem Vorwand, daß die von ihm eingegangene Uebereinkunft während seiner Minderjährigkeit und ohne Mitwirkung seines Vormundes von ihm abgeschlossen worden, mithin nichtig sei. Das Tribunal von St. Dié erklärte den Vertrag für gültig, und verurtheilte den Novel zur Zahlung. Gründe: Der Preis, welchen sich Simon bedungen habe, um für Novel einen Mann zu stellen, wenn er zum Kriegsdienste einberufen würde, sei nicht übertrieben, vielmehr dem Wagnisse angemessen, da für die Uebernahme des Kriegsdienstes für einen Andern 1000 bis 1200 Frcs. bezahlt würden; auch sei es für Novel seinen Vermögensverhältnissen nach nicht drückend,

---

*) *Devilleneuve* gibt in der Note den gegenwärtigen Stand der Doctrine über diese Controverse auf folgende Weise an: Nach *Toullier*, tom. VI., Nr. 105 u. fgd., t. VII., Nr. 575 u. fgd. — *Magnin*, traité des Minorités, t. II., Nr. 1137 — *Troplong*, de la Vente, t. I., Nr. 166, des Hypotheques, t. II., Nr. 488 u. fgd. ist der Minderjährige durchaus unfähig, Verträge zu schließen, so daß lediglich die Eigenschaft der Minderjährigkeit auch schon die Vermuthung der Verkürzung begründet. Hieraus wird gefolgert, daß alle von einem Minderjährigen ohne Mitwirkung seines Vormundes, oder ohne Einhaltung der von dem Gesetze für specielle Fälle vorgeschriebenen Formen eingegangene Rechtsgeschäfte nichtig, in den übrigen Fällen die Verträge wegen Verkürzung der Minderjährigkeit umstoßbar seien. Die übrigen Schriftsteller, so: *Merlin*, Questions de droit unter Hypotheque, §. 4„ Nr. 3., *Proudhon*, des Personnes, chap. 16 sect. 4 und 5 (p. 476 und 485 in der Ausgabe von *Valette*, 1842), *Valette* in seinen Observations sur *Proudhon*, p. 469, namentlich aber *Duranton*, t. X., Nr. 273 u. fgd., 378 u. fgd. (und nach der Table decennale gehören außer den von *Devilleneuve* angeführten Schriftstellern noch *Solon*, Theorie des nullités, t. I., Nr. 69, 301 und *Coulon*, Questions de droit, t. I., p. 13, dial. i hierher) unterscheiden zwischen den Fällen, in welchen auch der Vormund nur unter bestimmten Formen habe handeln können, und jenen, in welchen er nur seinen Mündel zu vertreten oder ihm zu assistiren gehabt habe. Seien in den ersten Fällen die gesetzlich vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten worden, so sei der Vertrag kraft Gesetzes nichtig, ohne daß der Minderjährige nöthig habe, eine Verletzung zu beweisen; habe in den letzten Fällen der Minderjährige ohne Mitwirkung seines Vormundes gehandelt, so seien die Verträge nichtig, beziehungsweise umstoßbar, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Minderjährige eine Verkürzung beweise. Nach diesem System haben auch entschieden die Gerichtshöfe zu Mattaglie (26. Mai 1834), zu Bastia, zu Laferre, zu Toulouse (*Sirey* 1831, II. S. 314, 1832 II. S. 149, 1835 II. S. 27); und ebenso sprachen sich die Redner der Regierung, *Bigôt de Préameneu* und *Jaubert*

eine solche Summe zu bezahlen, um sich von der Last des Kriegsdienstes loszukaufen; er sei daher durch den Abschluß dieses Vertrags nicht verkürzt, und dieß bilde für die rechtliche Entscheidung des Falles die Grundlage. Die von den Schriftstellern gemachte Unterscheidung, ob der Minderjährige allein, oder ob er unter Mitwirkung seines Vormundes Rechtsgeschäfte abgeschlossen habe, und wornach in den ersteren Fällen die Uebereinkunft als kraft Gesetzes nichtig, in den letzteren nur wegen Verkürzung des Minderjährigen als umstoßbar anzusehen sei, finde sich nicht im Gesetze. In Art. 1305 C. c. aber sei unbedingt ausgesprochen, daß die bloße Verkürzung für einen Minderjährigen hinreichender Grund zur Umstoßung aller Arten von Verträgen sei. Damit habe der Gesetzgeber den Minderjährigen gegen jeden Schaden schützen wollen, welcher ihm aus der seinem Alter eigenen Schwäche und Unerfahrenheit erwachsen könne; er habe ihm aber damit nicht die Befugniß geben wollen, mit den von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten, auch wenn ihm daraus kein Nachtheil zugehe, sein Spiel zu treiben, und aus seiner Minderjährigkeit Nutzen zu ziehen, um Dritte zu hintergehen. Die Verträge der Minderjährigen seien daher nicht kraft Gesetzes ungültig, sondern es müsse nach jeweiliger gewissenhafter Prüfung der einzelnen Rechtsgeschäfte das Ermessen der Gerichte entscheiden, ob der Minderjährige des gesetzlichen Schutzes zur Abwendung von Schaden im einzelnen Falle bedürfe. In diesem Sinne hätten sich die Redner der Regierung über den Art. 1305 ausgesprochen, und dieß sei von größerem Gewichte, als die Auslegungen der Schriftsteller. —

Der minderjährige Novel sah in dieser Entscheidung eine unrichtige Anwendung des Art. 1305 und eine Verletzung des Art. 1124 C. c., und suchte sie durch folgende Ausführung zu bekämpfen:

Der Satz „minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam laesus" sei in der geschichtlichen Fortbildung des römischen Rechtes entstanden; im französischen Rechte aber sei er nirgends adoptirt. Dieses erkläre vielmehr den Minderjährigen für unbedingt unfähig, Verträge zu schließen. Art. 1124, welcher nur eine Anwendung des Art. 405 und folg. enthalte, spreche dieses unumwunden aus. Diese Unfähigkeit bringe verschiedene Wirkungen hervor. Kontrahire der Minderjährige allein, und ohne Mitwirkung seines Vormundes, so sei der Vertrag nichtig, wegen Unfähigkeit der Person des Kontrahenten. Schließe der Mündel unter der Mitwirkung seines Vormundes, oder der Letztere für den Ersteren einen Vertrag ab, so sei dieser der Form nach gültig und könne nur nach den Bestimmungen des Art. 1305 u. f. wegen Verkürzung des Minderjährigen von diesem angefochten werden; verlange endlich das Gesetz für gewisse Fälle die Einhaltung besonderer Formen, so sei der Act, auch wenn der Vormund mitgewirkt habe, nichtig, sobald diese Formen nicht erfüllt seien. Dieß ergebe eine Vergleichung der Art. 1305, 1311 und 1314, namentlich aber des Art. 1311. Dieser stelle zwei Fälle der Restitution auf; im einen sei der Vertrag nichtig, im andern zur Umstoßung geeignet. Die

(*Locré*, legislation civil, t. XII., p. 391, 394, 323) aus, als sie dem gesetzgebenden Körper die Motive zum Code civil vortrugen. *Devilleneuve*, welcher früher dem Systeme *Toullier's* und *Troplong's* folgte, sagt, daß es nun schwer sei, bei dieser von dem höchsten Gerichtshofe verworfenen Ansicht zu verharren; er macht aber unter Hinweisung auf Code civil, Art. 481 u. fgd. aufmerksam, daß nun der nicht gewaltsentlassene Minderjährige in einer unabhängigeren Stellung sich befinde, als der gewaltsentlassene. — Zachariä (II. Band, §. 336, S. 308, IV. Aufl.) gibt dem Minderjährigen in keinem Falle die Nichtigkeitsklage, sondern nur die auf Wiederherstellung in den vorigen Stand, und selbst dann, wenn von seinem Vormunde ein Rechtsgeschäft, für welches die Gesetze besondere Förmlichkeiten vorschreiben, ohne Beobachtung derselben abgeschlossen ist, immer aber nur unter der Voraussetzung, daß der Minderjährige verletzt sei. — Stabel, Vorträge §. 42 unterscheidet, ob bei einem Vertrage eines Minderjährigen die gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden sind oder nicht. Im ersteren Falle, also auch, wenn der Minderjährige unter Mitwirkung seines Vormundes gehandelt hat, nimmt er unter Beziehung auf die Bestimmung des L.R.S. 1314 an, daß keine anderen Klagen auf Umstoßung stattfinden, als diejenigen, welche auch einem Großjährigen zustehen. Im letzteren Falle unterscheidet er weiter zwischen Verträgen auf Umsatz (L.R.S. 1104 Contrat commutatif) einerseits und Realverträgen und Schenkungen andererseits. Die ersteren sind seiner Ansicht nach nur wegen Verkürzung, die letzteren schon wegen mangelnder Vertragsfähigkeit anfechtbar. — Kreittler (Annalen 1845, Nr. 41) läßt die Umstoßungsklage wegen Verkürzung nur zu, wenn der Mündel ohne seinen Vormund gehandelt hat, und stellt ihn bei Beobachtung der gesetzlichen Formen dem Großjährigen gleich. — Keller (Annalen d. J., Nr. 6 und 7) deducirt, mit besonderer Rücksicht auf die Landrechtszusätze 1124 a, 1124 b, daß der Minderjährige nicht nur gegen Verträge seines Vormundes wegen Verletzung restituirt werden solle, sondern auch den von ihm allein eingegangenen Vertrag, auch ohne daß er verkürzt sei, anfechten könne. D

Nichtigkeit entspringe aus dem Mangel der nothwendigen Formen; diese seien theils allgemein vorgeschrieben, und beständen in der Vertretung des Minderjährigen, theils besondere, welche für einzelne Rechtsgeschäfte angeordnet seien. Die Verletzung der Form sei es daher, was die Nichtigkeit eines Actes bedinge, die Verkürzung des Minderjährigen, was die Umstoßung eines formell gültigen Rechtsgeschäftes begründe. —

Allein in gleicher Weise, wie das Untergericht entschied der Cassationshof diese wichtige Kontroverse.

Seine Gründe sind wörtlich folgende:

In Erwägung, daß, wenn gleich der Minderjährige in dem Art. 1124 C. c. unter den Personen aufgeführt ist, welche unfähig sind, Verträge zu schließen, doch Art. 1125 besagt, er könne seine Zusage nur in den gesetzlich bestimmten Fällen aufechten. In Erwägung, daß der in dem Abschnitte „von der Klage auf Vernichtung oder Umstoßung der Verträge" enthaltene Art. 1305 erklärt, daß für einen gewaltsuntergebenen Minderjährigen die bloße Verkürzung ein hinreichender Grund zur Umstoßung aller Verträge sei. In Erwägung, daß die Bestimmungen dieses Artikels auf alle, von einem nicht gewaltsentlassenen Minderjährigen eingegangenen Verträge anwendbar sind, welche er ohne Mitwirkung seines Vormundes, und ohne die von dem Gesetze für einzelne Fälle vorgeschriebenen Formen zu beobachten eingegangen ist. In Erwägung, daß dieses sich ergibt -- auch abgesehen von der deutlichen Wortfassung des ersten Theils dieses Artikels — sowohl aus seiner Zusammenstellung mit dem zweiten Theil, welcher dem gewaltsentlassenen Minderjährigen dieselbe Gunst für alle Verträge gewährt, welche außer den Grenzen seiner Befugniß liegen, damit aber offenbar sich nur auf solche Rechtsgeschäfte bezieht, welche derselbe den Vorschriften des Gesetzes zuwider, nämlich ohne Mitwirkung seines Beistandes eingegangen ist, — als auch aus der Verbindung des ersten Theils mit den folgenden Artikeln, namentlich mit dem Art. 1307, wornach der Umstand allein, daß der Minderjährige sich für volljährig ausgab, was ja nur in Abwesenheit des Vormundes vorkommen kann, die Umstoßung nicht hindert. In Erwägung, daß die Gesammtheit der gesetzlichen Bestimmungen über die Unfähigkeit des Minderjährigen mit dieser Auslegung des Art 1305 nicht im Widerspruche steht, und daß die Absicht des Gesetzes über das Interesse des Minderjährigen nur die ist, daß er bei Abschluß von Verträgen nicht übervortheilt werde, nicht aber die, daß er gar keine Verträge abschließe. In Erwägung, daß, wenn das Letztere der Fall, und schon die Eigenschaft der Minderjährikeit allein ein Grund wäre, alle von einem Minderjährigen ohne Mitwirkung seines Vormundes eingegangenen Verträge ohne Unterscheidung für nichtig zu erklären, das Gesetz durch diese Bestimmung dem Minderjährigen, anstatt ihm zu nützen, offenbar geschadet hätte, weil hierin für Dritte ein Verbot läge, Verträge mit einem Minderjährigen einzugehen, auch wenn ihm solche nützlich wären. In Erwägung, endlich, daß ihm das Gesetz einen hinreichenden Schutz gewährt, wenn es ihm das Recht gibt, wegen bloßer Verkürzung, über deren Vorhandensein das weise Ermessen der Gerichte zu entscheiden hat, Wiederherstellung zu suchen. — Aus diesen Gründen wird das eingelegte Rechtsmittel verworfen.

18. Juni 1844.

2.

Ein unter der Vormundschaft seines Vaters stehender Minderjähriger kann von seinem Vater auch in solchen Rechtsstreiten vertreten werden, in welchen der Vormund ein dem Mündel entgegenstehendes Interesse hat, wenn der Vormund sein eigenes nicht geltend macht.

C. c. Art. 420, 450.

Sirey 1844 I. S. 547, 548.

Der Königliche Gerichtshof von Rennes ließ eine solche Vertretung in folgendem Falle zu: Jakob Peynaud starb mit Hinterlassung eines Testaments, worin er seinem Neffen Gustav Peynaud 50,000 Frcs. vermacht hatte. Des Testirers gesetzliche Erben waren seine Brüder, und darunter auch der Vater des mit dem erwähnten Vermächtnisse Bedachten. Ein Onkel des Letzteren focht das Testament als nichtig an, und der Königliche Gerichtshof gab ein auf Nichtigkeit des Testaments lautendes Erkenntniß, obschon in diesem Rechtsstreite Gustav

Peynaud von seinem Vater und nicht von einem Tutor ad hoc vertreten war. *) 23. Januar 1844.

3.

Die Fiction des Art. 883 C. c. findet keine Anwendung, wenn durch irgend einen Vorgang die ungetheilte Gemeinschaft nur unter einzelnen, nicht aber unter allen Miterben aufgehoben worden ist. **)

Sirey 1844 I. S. 596—598.

Der im Jahr 1827 gestorbene Boichu hinterließ eine Tochter und eine Wittwe. Letztere hatte kraft ihres Ehevertrags an einem Viertheil des Vermögens ihres Mannes das Eigenthum und an einem weiteren Viertheil die Nutznießung anzusprechen. Die an Legendre verheirathete Tochter starb im Jahr 1833. Ihre gesetzlichen Erben waren zwei Mädchen. Ihrem Manne stand aber in Folge des Ehevertrags die Nutznießung an ihrem Vermögen zu. Bald darauf starb auch eines dieser Mädchen und wurde von seiner Schwester und seinem Vater beerbt. Die Verlassenschaft Boichu's war noch nicht getheilt, als sich Legendre wieder verheirathete und sodann seinen Antheil an dieser Verlassenschaft seiner Schwiegermutter, der Wittwe Boichu, cedirte. Die zweite Ehefrau Legendre's, F. Blanchard, nahm nun zur Sicherung ihres Beibringens einen Eintrag auf sämmtliche Liegenschaften ihres Mannes, und auch auf die in der Verlassenschaft Boichu's enthaltenen. Hierauf starb die Wittwe Boichu und hatte zur einzigen Erbin ihre Enkelin, welche sich inzwischen an Courtois verheirathet hatte. Diese verlangte sofort Löschung des von der Legendre-Blanchard bewirkten Pfandeintrags, weil die von dem Legendre an die Wittwe Boichu geschehene Cession seines Erbantheils in Beziehung auf ihn jede Gemeinschaft mit den übrigen Erben aufgehoben habe und der Wirkung nach einer Theilung gleichstehe, daher die Fiction des Art. 883 hier eintrete, wornach angenommen werden müsse, als habe er an dem cedirten Erbtheile nie ein Recht gehabt; weil überdieß nun die ganze Erbschaft, an welcher Legendre ohnehin kein Recht mehr zugestanden sei, in ihrer — der Courtois — Hand vereinigt worden, somit auch keine ungetheilte Gemeinschaft mehr bestehe. Das Tribunal der Seine und der königliche Gerichtshof von Paris traten dieser Ausführung der Courtois bei, und verordneten den Pfandstrich. Das Rechtsmittel der Cassation wurde aber mit Erfolg gegen diese Erkenntnisse eingelegt und es zeigte der höchste Gerichtshof in seinen Entscheidungsgründen, daß Art. 883 C. c. nur auf solche Fälle Anwendung finde, in welchen eine wirkliche, sei es nun nach Loosen geschehene oder durch Versteigerung bewirkte Abtheilung die Gemeinschaft unter allen Miterben aufgehoben habe, eine solche Aufhebung der Gemeinschaft hier aber nicht angenommen werden dürfe, weil die von Legendre vorgenommene Cession nur die Gemeinschaft zwischen ihm und seiner Schwiegermutter, nicht aber unter den übrigen Miterben aufgehoben habe; weil überdieß das Unterpfandsrecht der Legendre-Blanchard, was ja kraft Gesetzes, und ohne daß ein Eintrag nothwendig sei, mit der Verheirathung der Ehefrau existent werde, alle Liegenschaften Legendre's, und darunter auch die in Boichu's Verlassenschaft befindlichen zu einer Zeit ergriffen habe, als die Cession noch gar nicht stattgehabt, daher Legendre selbst noch in ungetheilter Gemeinschaft mit den übrigen Erben gestanden sei; daß mithin nach Art. 2114 C. c. das Unterpfandsrecht fortdaure, auch wenn in Folge einer inzwischen erfolgten Theilung die damit belasteten Grundstücke in andere Hände übergegangen seien; und daß eine Ausdehnung der Fiction des Art. 883 C. c. auf diesen Fall unstatthaft sei. 6. Mai 1844.

Ottendorff.

---

*) Die Sache gelangte an den Cassationshof, weil ein später ernannter Tutor ad hoc, den Proceß von Neuem beginnend, die Herausgabe des Vermächtnisses verlangte. Der Gegner stützte sich auf das Erkenntniß des königlichen Gerichtshofes von Rennes, und schützte die Einrede der rechtsgültig entschiedenen Sache vor. Der höchste Gerichtshof hielt diese Einrede für zuläßig, da das erwähnte Erkenntniß weder durch eine Nichtigkeitsklage, noch durch eine Wiedereinsetzung des Minderjährigen in den vorigen Stand beseitigt worden sei. Ueber die Gültigkeit der Vertretung sprach er sich mit ausdrücklichen Worten nicht aus. 19. Juni 1844. D.

**) Diese Ansicht hielt der Cassationshof in einer langen Reihe von Entscheidungen seit dem Jahre 1827 fest. Auch *Duranton*, tom. II., Nr. 223 vertheidigt sie; bestritten wird sie dagegen von *Duvergier*, de la Vente, t. II., Nr. 147, *Rolland des Villargues*, Repertoire unter Citation Nr. 10 u. fgd. *Championnière & Rigaud*, Droit d'enregistrement, t. III., Nr. 2735 u. fgd. Man vergleiche auch die Ansicht *Devilleneuve's* in Sirey 1841 I. S. 375. D.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro. 2. Karlsruhe, den 23. Januar. **1847.**

4.

Die Erblosung kann gegen einen nicht erbberechtigten Cessionar durch die Miterben des Cedenten seines Erbantheils auch alsdann geschehen, wenn der Cedent vor vollzogener Erbtheilung gestorben ist, und ihn die Losenden beerbt haben.

C. c. Art. 841.

Sirey 1844 I. S. 605, 606.

Die im Jahre 1836 gestorbene Wittwe Lechazée hinterließ mehrere Söhne als gesetzliche Erben. Einer derselben, Peter L., cedirte seinem Oheim, Lameloise, seinen Erbantheil und starb kurz darauf. Seine Brüder beerbten ihn, machten aber dessenungeachtet gegen Lameloise die Erblosung des Art. 841 geltend. Dieser hielt ihnen den Satz: „Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio" entgegen, indem er sich darauf stützte, daß sie, die Kläger, die Erbschaft ihres Bruders angenommen hätten, somit auch die Handlungen dieses ihres Rechtsvorfahrers anerkennen müßten; eventuell verlangte er Schadloshaltung. Das Tribunal von Auntun ließ die Klage zu; der königliche Gerichtshof von Dijon verwarf sie aber, indem er der Vertheidigung des Lameloise beitrat. Dieses Urtheil wurde jedoch cassirt. In den Entscheidungsgründen führte der Cassationshof aus, daß die Kläger das Recht der Erblosung durch die Annahme der Erbschaft ihrer Mutter vom Zeitpunkt ihres Todes an erworben hätten, und es in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Erben geltend machten; daß sie dieses bereits vor dem Tode ihres Bruders, Peter L. erworbene Recht nicht dadurch verlieren könnten, daß sie die Erbschaft desselben antraten, und daß auch kein Grund zu einer weiteren Schadloshaltung vorhanden sei, da nach den Worten und dem Geist des Art. 841 C. c. der entwährte Käufer eines Erbschaftsantheils durch Zahlung des Kaufpreises für hinreichend entschädigt gelte.

15. Mai 1844.

5.

Die Erblosung kann auch gegen den Mann einer mit dem Losenden gleich erbberechtigten Ehefrau ausgeübt werden. — Ihn schützt nicht die Erklärung seiner Frau, dass sie von dem, gemäss Art. 1408 ihr zustehenden Losungsrechte Gebrauch mache. — Die Losung des Art. 1408 bezieht sich nur auf einzelne Liegenschaften, nicht auf einen Inbegriff von Vermögensrechten.

C. c. Art. 841, 1408.

Sirey 1844 I. S. 614 – 621.

Zu dem Nachlasse des Montherôt waren die Ehefrau des Montriol, Gaillard und noch andere Personen erbberechtigt. Montriol erkaufte von einem der Erbberechtigten zwei Zwölftheile des gedachten Nachlasses in eigenem Namen und drei Zwölftheile für sich und seine Ehefrau zugleich. Als der Nachlaß getheilt werden sollte, machte Gaillard die Erblosung des Art. 841 C. c. gegen Montriol auf die von ihm erworbenen Erbschaftsantheile geltend. Das Tribunal von Lyon wieß die Klage ab, der dortige königliche Gerichtshof, dessen Erkenntniß der Cassationshof aufrecht hielt, erachtete sie für begründet.

Montriol hatte gegen den kläger'schen Anspruch vorgeschützt: 1) in Beziehung auf sämmtliche fünf Zwölftheile, es könne gegen ihn, als den Ehemann einer Erbberechtigten, die Losung nicht geltend gemacht werden; denn in

dieser Eigenschaft sei er als Miteigenthümer des Nachlasses zu betrachten, da er zur Verwaltung und Nutznießung des Vermögens seiner Frau berufen sei. Aus diesem Grunde müsse er auch der Theilung des Nachlasses, zu welcher er überdieß von den Erben geladen sei, anwohnen. Da nun der Zweck des Art. 841 sei, Fremde von den Berathungen und Verhandlungen der Familien auszuschließen, die Familiengeheimnisse zu bewahren und die Veranlassungen zu Störung der Einigkeit zu entfernen, so treffe all dieses hier nicht zu, da er von der Theilung nicht ausgeschlossen werden könne. — Diese Einwendung wurde für unbegründet erklärt, da Art. 841 in seiner Fassung klar und bestimmt sei und jeden, selbst jeden Verwandten, welcher nicht erbberechtigt sei, zum Besten des Erblosenden ausschließe; da ferner dieser Artikel den Hauptzweck habe, für die Familie unheilvolle Speculationen abzuschneiden, und deßhalb die Gemeinschaft so lange zu erhalten, als die Größe des Nachlasses nicht sicher gestellt sei; da endlich kein Erb-, kein Miteigenthumsrecht aus der Nutznießung abgeleitet werden könne, weil diese mit dem Tode der Frau erlösche.

2) in Beziehung auf die drei Zwölftheile: man müsse annehmen, daß er diese von ihm erkauften Erbschaftsquoten für seine Frau erworben habe. Denn diese sei unbestrittenermaßen Miteigenthümerin des Nachlasses, und erkläre in Folge des, ihr durch Art. 1408 C. c. bewilligten Wahlrechtes, daß sie diese Quoten an sich ziehe. — Dieser Vertheidigungsgrund wurde zurückgewiesen, weil Art. 1408 der Ehefrau nur gestatte, auf eine von dem Manne erworbene Liegenschaft (auf die l. 78, §. 4 Dig. de Jure dotium beschränke dieses Wahlrecht auf einen „fundus") die aus der Gemeinschaft entspringende Losung zu üben, nicht aber auf einen Vermögenstheil, der ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, von Fahrnissen und Liegenschaften zugleich sei; weil ferner dieses Wahlrecht von der Frau nicht geübt werden könne, so lange die Ehe, oder wenigstens die ehemännliche Verwaltung ihres Vermögens fortdaure, somit auch der Zeitpunkt noch nicht gekommen sei, in welchem die Ehefrau zur Wahl schreiten könne.

25. Juli 1844.

6.

Der Vormund eines Entmündigten ist berechtigt, in dessen Namen gegen ein von der Frau desselben während der Entmündigung geborenes Kind die Klage auf Abläugnung der Vaterschaft zu erheben.

C. c. Art. 312 u. f.; 450, 509.
Sirey 1844 I. S. 626—636.

Joseph Herrmann wurde im Jahre 1837 wegen Wahnsinns entmündigt. Man verbrachte ihn in die Irrenanstalt zu Stephansfelden, nachdem seine Frau zu seiner Vormünderin, und Taillander zum Gegenvormund ernannt worden war. Im Jahre 1839 gebar die Herrmann ein Kind, welches sie als eine Tochter der Herrmannschen Eheleute in die Civilstandsregister eintragen ließ. Sie wurde aber alsbald wegen Ehebruchs der Vormundschaft über ihren Mann entsetzt, und Taillander erhob gegen das Kind eine Klage auf Abläugnung der Vaterschaft. Dem Kinde wurde ein Tutor ad hoc bestellt, welcher dem Taillander in seiner Eigenschaft als Vormund oder Gegenvormund das Recht zur Erhebung dieser Klage bestritt. Das Tribunal von Colmar verwarf diesen Einwand; der königliche Gerichtshof dortselbst hielt ihn aber für begründet, und wies die Klage ab. Die Abweisung wurde mit folgenden Sätzen motivirt: Durch Art. 509 C. c. werde der Entmündigte dem Minderjährigen gleichgestellt, und nach Art. 450 habe der Vormund auch das Recht den Minderjährigen in allen bürgerlichen Rechtsgeschäften zu vertreten. Hiedurch werde aber der Vormund keineswegs an die Stelle des Minderjährigen gesetzt, vielmehr habe der Letztere viele Rechte, welche unmittelbar an seine Person geknüpft seien, und in welchen er durch den Vormund nicht vertreten werden könne, z. B. in dem Rechte zu testiren. So seien namentlich alle aus der Ehe und der väterlichen Gewalt, als aus der Natur des Menschen entsprungenen Rechte so unmittelbar mit der Person des Berechtigten verknüpft, daß sich eine Vertretung durch Andere nicht denken lasse, ohne die innigen Verhältnisse der Familien, und deren sittliche Grundlage zu zerstören. Sei nun der Berechtigte außer Stand gesetzt, solche Rechte auszuüben, so sei die Folge davon, daß sie bis zur Beseitigung des Hindernisses,

oder bis zum Tode des Berechtigten, und somit bis zur Auflösung des Rechtes ruhen müssen. — In Allem stehe zwar der wegen Wahnsinns Entmündigte dem Minderjährigen nicht gleich; aber durch die Entmündigung wegen Wahnsinns werde wenigstens die Ehe nicht aufgelöst. Der Entmündigte verliere daher die ihm hieraus entspringenden Rechte nicht; und die Ehre und das Interesse der Familie erfordere, daß diese Rechte auf keinen Dritten, auch nicht auf den Vormund des Entmündigten, der immerhin den geheimen und zarten Verhältnissen der Familie fremd sein müsse, übertragen werden. Zu diesen Rechten gehöre aber namentlich das Recht zur Klage auf Abläugnung der Vaterschaft. —

Es wird nun gezeigt, wie gerade diese Klage geeignet sei, alle Familienbande zu zerreißen, und daraus der Schluß gezogen, daß es ein Verstoß gegen die Moral, ja selbst gegen das öffentliche Wohl sei, einem Fremden die Anstellung einer solchen Klage zu überlassen, welche das Gesetz selbst mit einem gewissen Mißtrauen behandle, was sich aus den vielen Einschränkungen, mit welchen sie umgeben sei, zeige. Das Gegenargument, welches aus Art. 317 hergeleitet werde, wird durch Verweisung auf die heftigen Debatten über Zulassung dieses Artikels zu beseitigen, und dem Einwand, daß die Abläugnungsklage erlösche, wenn sie nicht binnen einem, oder zweien Monaten angestellt werde, durch Hindeutung auf Art. 2252 zu begegnen gesucht. —

Dieses Urtheil wurde durch den Cassationshof, nachdem ihm Generaladvokat Pascalis einen Vortrag über diese schwierige Frage erstattet hatte, aufgehoben. Die Entscheidungsgründe lauten im Wesentlichen folgendermassen: Nach Ansicht der Art. 420, 450, 905 C. c. In Erwägung, daß der Gegenvormund in den durch den Art. 420 vorgesehenen Fällen, in allen übrigen der Vormund jede Klage erheben darf, zu deren Anstellung sein Mündel, wenn eine Entmündigung nicht statt gefunden hätte, selbst befugt wäre, und daß das Gesetz die Klage auf Abläugnung der Vaterschaft nicht ausnimmt; daß diese auch nicht an die Person des Berechtigten geknüpft ist, wie daraus erhellt, daß nach Art. 317 auch die Erben zur Anstellung dieser Klage berechtigt sind. In Erwägung, daß der Vormund berechtigt und verpflichtet ist, seinen Mündel in allen bürgerlichen Rechtsgeschäften zu vertreten, und daß er befugt ist, jeden Angriff auf das Vermögen, die Person und den Civilstand seines Mündels zurückzuweisen, und daß ebenso wie der Vormund eines Entmündigten berechtigt ist, einer gegen Letzteren gerichteten Klage auf Anerkennung der ehelichen Kindschaft zu begegnen, er auch die Befugniß haben muß, eine Klage auf Abläugnung der Vaterschaft zu erheben, und zu beweisen, daß durch den Eintrag eines dem Entmündigten fremden Kindes unterdessen Namen für daselbe ein Civilstand in Anspruch genommen werde, der ihm nicht gebühre. In Erwägung, daß, wolle man auch annehmen, es werde die Frist zur Erhebung der Abläugnungsklage durch Art. 2252 dem Entmündigten bis zur Einsetzung in seine früheren Rechte, oder den Erben bis nach seinem Tode offen gehalten, in dem vielleicht langen Zwischenraum alle Beweise über die uneheliche Erzeugung des Kindes verloren gehen können, und das Vermögen des Entmündigten durch die Erziehungskosten inzwischen belastet wird. In Erwägung, daß sonach der Vormund des Entmündigten zur Erhebung der Abläugnungsklage berechtigt war, wird das Urtheil des königlichen Gerichtshofes kassirt. 24. Juli 1844.

7.

Das gesetzliche Unterpfandrecht der Frau, oder des Minderjährigen ergreift selbst die von dem Manne, oder dem Vormunde nach Auflösung der Ehe, oder dem Aufhören der Vormundschaft erworbenen Güter; es bedarf nicht der Eintragung.

C. c. Art. 2121, 2122, 2135.

Dem Notär Groß gebar seine Ehefrau ein Mädchen, und starb bald darauf, und nach wenigen Jahren starb auch dieses Kind, nachdem es bisher unter der Vormundschaft seines Vaters gestanden war. Nach dessen Tod erkauft Groß von Montaigu ein Landgut. In Folge einer Uebereinkunft mit dem Käufer verzichtete Montaigu auf das ihm aus dem Verkaufe erwachsene Vorzugsrecht für den Kaufpreis, und begnügte sich mit einem einfachen Unterpfande für den Betrag von 240,000 Frcs., welches auch sofort eingetragen wurde. Später verkaufte Groß dieses Landgut, und es verlangte nun Frau Patissier, die Großmutter der minderjährig verstorbenen

Groß, und deren Erbin zur Hälfte ihres Vermögens, für die Summen, welche Notär Groß seiner Gattin und Tochter geschuldet hatte, in den Kaufpreis locirt zu werden, und zwar mit Unterpfandrecht im Range vom Tage des Abschlusses der Ehe ihrer Tochter, und sodann vom Tage der Uebernahme der Vormundschaft über ihre Enkelin. Montaigu bestritt diese Ansprüche, und das Tribunal von Villefranche wies die Patissier ab. Allein die von ihr an den königlichen Gerichtshof von Lyon ergriffene Berufung wurde für begründet erachtet, weil nach Art. 2121 C. c. alle Forderungen der Frauen und Minderjährigen durch ein gesetzliches Unterpfand auf die Güter der Männer und Vormünder gesichert seien, dieses Unterpfandsrecht auch weder zu seiner Entstehung, noch zur Sicherung seines Ranges der Eintragung bedürfe, Art. 2135, — weil dieses Unterpfandsrecht nach Art. 2122 sich auf sämmtliche Güter der Männer und Vormünder erstrecke, auf die gegenwärtigen und zukünftigen, ohne daß das Gesetz unterscheide, zwischen den Gütern, welche während der Dauer der Ehe oder Vormundschaft, und zwischen jenen, welche nach Beendigung derselben erworben würden, man daher auch, und insbesondere im Hinblick auf den inneren Zusammenhang der angeführten Artikel annehmen müsse, daß die Sicherung der Forderungen der Frauen und Minderjährigen durch gesetzliches Unterpfand so lange daure, als die Schuld nicht getilgt sei. — Dieser Ansicht trat der Cassationshof bei. Sein Erkenntniß lautet: „In Erwägung, daß ein generelles Unterpfand sich auf alle Güter erstreckt, welche der Schulner bis zur Tilgung der Forderung erwirbt; In Erwägung, daß dieser Grundsatz, welcher unbestreitbar das gerichtliche Unterpfandsrecht beherrscht, auf eine bestimmte Weise in Art. 2122 auf das gesetzliche Unterpfand der Frauen und Minderjährigen angewendet wird, welche, ohne daß der Zweck der Ehe, und der Vormundschaft darunter litte, nicht in eine weniger privilegirte Lage versetzt werden dürfen, wird die eingelegte Cassation zurückgewiesen. *)   17. Juli 1844.

*) Diese Streitfrage wurde von dem Cassationshofe hier zum ersten Male entschieden. Der Generaladvocat Chegaray hatte in seinem, dem höchsten Gerichtshofe hierüber erstatteten Vortrage die Behauptung zu begründen gesucht, daß, wolle man auch annehmen, es ergreife das Unterpfandsrecht, unter dessen Schutz die Forderungen der Frauen und Minderjährigen stehen, selbst die nach Beendigung der Ehe und Vormundschaft erworbenen Güter, dieses doch nur unter der Voraussetzung zugegeben werden könne, daß eine Eintragung des Unterpfandsrechts erfolgt sei, weil sonst Dritte, im Vertrauen darauf, daß keine Ehe und Vormundschaft, somit kein stillschweigendes Unterpfand existire, sich leicht in Verbindungen mit dem ehemaligen Ehemanne oder Vormünder einließen, ohne daß es ihnen möglich sei, sich durch eigene Wachsamkeit vor Schaden zu hüten. D.

8.

Wenn ein Ehemann duldet, dass seine Frau von ihm getrennt lebt, so ist er verpflichtet, die von derselben zur Bestreitung ihres Unterhalts eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, vorausgesetzt, dass der Aufwand dem Vermögen und dem Stande des Mannes angemessen ist.

C. c. Art. 214, 1409.

Sirey 1844 I. S. 662—664.

Im Anfange des Jahres 1833 verließ die Ehefrau de la Planche die Wohnung ihres Mannes und weigerte sich, einer im Juli jenes Jahres an sie ergangenen Aufforderung, zu ihrem Gatten zurückzukehren, Folge zu leisten. So lebten denn beide Ehegatten getrennt bis zum Jahre 1843. Der Leinwandhändler Roue hatte inzwischen verschiedenes Linnen bis zum Betrage von 400 Frcs. an die de la Planche zu ihrem eigenen Gebrauche verkauft und verlangte nun von deren Ehemann, als dem Verwalter der Gemeinschaft, den Kaufpreis. Die Zahlung wurde verweigert auf den Grund des Mangels der ehemännlichen Genehmigung der Käufe. Das Tribunal von Gannot verurtheilte jedoch den de la Planche zur Tilgung der eingeklagten Schuld, weil der Beklagte, während er freiwillig von seiner Ehegattin getrennt lebte, als Herr der Gemeinschaft die Einkünfte aus ihrem Vermögen bezogen habe, die eingeklagte Forderung von Anschaffungen herrühre, welche nicht aus dem Vermögen und dem Stand der genannten Eheleute angemessen gewesen seien, sondern deren seine Frau zur Bestreitung ihres persönlichen Unterhalts auch bedurft habe; der Unterhalt beider Ehegatten aber während der Dauer der Ehe eine Last der Gemeinschaft, daher zur Zahlung dieser Forderung der Herr der Gemeinschaft verpflichtet sei. — Der Cassationshof trat diesem Erkenntnisse bei.   13. Februar 1844.

Ottendorff.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs, über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro. 3. Karlsruhe, den 30. Januar. **1847.**

9.

Eine Liegenschaft, welche einer unter der Herrschaft des Gemeinschaftsrechts lebenden Ehefrau an Zahlungsstatt für eine ihr in Geld ausgesetzte Ehesteuer gegeben wird, bleibt Eigenthum der Frau; sie kann weder als Eigenthum des Mannes, noch als ein Theil der Gemeinschaft angesehen werden.

C. c. Art. 1406, 1552, 1553.

Die Befreiung des Nutzniessers von jeder Untersuchung und Nachweisung während der Nutzniessung ändert die rechtliche Natur derselben nicht. Es darf somit der Bestand der Sache nicht verändert werden.

C. c. Art. 578, 600, 601.
Sirey 1844 I. S. 673—676.

Die Eltern der Marie de Vieillechèze versprachen in dem mit Balton-Lacoste, dem Bräutigam der Letztern, abgeschlossenen Ehevertrage die Summe von 10,000 Frcs. als Ehesteuer, und gaben unmittelbar nachher an Zahlungsstatt das Gut „du Chêne." Im Jahre 1835 starb die Balton-Lacoste und vermachte ihrem Manne alle ihre Fahrnisse zu Eigenthum, an ihren Liegenschaften aber die Nutznießung, und zwar in so ausgedehntem Maße, daß er von Sicherheitsleistung und jeder Untersuchung der Nutznießungsobjekte befreit, und für etwaige Verschlimmerungen nicht verantwortlich sein sollte, nach dessen Tode aber ihre, der Testirerin, Erben alles in dem Stande hinnehmen sollten, in welchem sie es vorfinden würden.

Es währte nicht lange, so verklagten die Erben der Balton-Lacoste deren Wittwer auf Schadensersatz und Ausweisung aus der Nutznießung, weil er durch Fällen der Bäume u. s. w. das Gut du Chêne in einer Weise deteriorirt habe, daß es in Stand und Wesen verändert erscheine. Der Beklagte stützte sich auf die letztwilligen Bestimmungen, unter welchen ihm die Nutznießung überlassen worden sei, und behauptete überdieß nach Art. 1553 C. c. Eigenthümer des Gutes du Chêne zu sein. — Das Tribunal von Poitiers ordnete eine Expertise an, um die behauptete Veränderung der Sache im Stand und Wesen zu untersuchen, wozu es sich aus folgenden von dem königlichen Gerichtshofe zu Poitiers adoptirten Gründen für berechtigt hielt.

Die von der Testirerin dem Nutznießer ertheilten Befreiungen verwandelten das Nutznießungsrecht nicht in die Befugniß des Eigenthümers über Bestand und Wesen der Sache zu verfügen; als Nutznießer bleibe er vielmehr allen gesetzlichen Bestimmungen unterworfen. — Anlangend die Frage über das Eigenthum an dem Gute du Chêne, so sei erwiesen, daß es bei Auseinandersetzung des Nachlasses der Eltern der Balton-Lacoste Gegenstand der Einwerfung gewesen sei, man müsse daher annehmen, daß es schon vor Eingehung der Ehe Eigenthum der Balton-Lacoste gewesen, und nicht erst während der Ehe für die Gemeinschaft erworben worden sei; überdieß schließe es Art. 1406 von der Gemeinschaft aus. — Der Beklagte sah in dieser Entscheidung eine falsche Anwendung des Art. 1406, und eine Verletzung des Art. 1553; denn der erste Artikel beziehe sich nicht auf Zahlung einer versprochenen Ehesteuer durch Hingabe einer Liegenschaft, und nach dem Letzteren werde der Ehemann, oder doch wenigstens die Gemeinschaft Eigenthümer einer mit Dotalgeld angekauften Liegenschaft; denn die Hingabe einer solchen an Zahlungsstatt stehe einem Kaufe gleich. — Die Cassation wurde verworfen. Denn durch Zusage

der Ehesteuer — führte der höchste Gerichtshof aus — hätten die Eltern der Braut gegen sie eine Schuld übernommen, welche durch Hingabe des Gutes du Chêne getilgt worden sei; die von den Gerichten gegebene Entscheidung entspreche daher sowohl dem Art 1406, als dem in Art. 1404 ausgesprochenen Willen des Gesetzes die Liegenschaften bei den Familien zu erhalten; Art. 1553 verleihe auch dem Manne nicht das Eigenthum einer an Zahlungsstatt hingegebenen Liegenschaft, wie dieß Art. 1551 bezüglich der zu Ehesteuer gegebenen Fahrniß thue, sondern er erkläre nur, daß eine solche Liegenschaft nicht Ehesteuer sei; es walte daher auch zwischen den Art. 1406 und 1553 kein Widerspruch ob. 3. Juli 1844.

10.

Die Gläubiger einer vertrauten Gesellschaft haben eine direkte Klage gegen die vertrauten Gesellschafter auf Einzahlung ihrer Einlagen. — In diesem Falle darf der Rechtsstreit vor das Handelsgericht, und muss nicht vor Schiedsrichter gebracht werden.

C. com. Art. 23, 26, 51.
Sirey 1844 S. 692—704.

Im Jahre 1832 gründete Coudon eine Gesellschaft zur Betreibung eines Wechselgeschäfts, bei welchem sich verschiedene Personen durch Zusage von Einlagen im Betrage von je 20,000 Frcs. betheiligten. Kaum ein Jahr war verflossen, seitdem die Gesellschaft ihre Operationen begonnen hatte, als sie auch schon genöthigt war, ihre Zahlungen einzustellen. Die Syndics de faillite belangten alsbald jene, welche ihre Einlagen noch nicht bezahlt hatten, auf Erlegung derselben vor dem Handelsgericht zu Aix, welches die Beklagten auch zur Einzahlung verurtheilte. Hiegegen appellirten dieselben, indem sie behaupteten:

1) das Handelsgericht sei unzuständig, da nach Art. 52 C. com. der Rechtsstreit vor ein Schiedsgericht hätte gebracht werden müssen.
2) Die Syndics handelten im Namen der Gläubiger der Gesellschaft; diesen, als Dritten, stehe aber keine direkte Klage gegen die vertrauten Gesellschafter zu, welche nur der Gesellschaft selbst zur Einzahlung ihrer Einlagen verbunden seien.

Der königliche Gerichtshof von Grenoble, und in Uebereinstimmung mit ihm der Cassationshof verwarfen diese Beschwerden. Gründe zu:

1) Der Rechtsstreit werde nicht allein unter den Gesellschaftern geführt, sondern auch unter den Gläubigern der Gesellschaft, welche durch die Syndics vertreten seien, und den vertrauten Gesellschaftern, welchen gegenüber die Gläubiger als Dritte erschienen.

2) Hier war der königliche Gerichtshof der Ansicht, daß die Gläubiger einer Gesellschaft keine direkte Klage gegen die vertrauten Gesellschafter hätten, weil den Letzteren kein Recht auf die Verwaltung zustünde, sie somit auch in keine Berührung mit Dritten kommen könnten. Nach ausgebrochener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft stünde aber dieses Klagrecht den Syndics allerdings zu, weil alsdann die Gesellschaftstheilhaber der Verwaltung entsetzt und die Syndics zu gleicher Zeit Vertreter 1) der Gesellschaftstheilhaber, welchen unbezweifelt das Recht zur Klage auf Einzahlung der Einlagen zustehe, sowie 2) der vertrauten Gesellschafter, welche ihre Einlagen bezahlt, und somit ein Interesse hätten, daß auch die übrigen Gesellschafter zahlten, daher Vertreter der Gesellschaft selbst seien, und ebenso zu gleicher Zeit Namens der Gläubiger handelten. — Der Cassationshof dagegen entschied diese Frage dahin, daß Dritte, welche mit einer Gesellschaft Verträge abschlössen, nicht allein im guten Glauben an die Zahlungsfähigkeit der verantwortlichen und sammtverbindlichen Gesellschaftstheilhaber, sondern vielmehr im Vertrauen auf das Gesellschaftskapital handelten; daß ein Vertrag, wodurch sich Mitglieder einer Gesellschaft, wie dieß bei den vertrauten Gesellschaftern der Fall sei, allen Antheils an der Verwaltung begäben, in der That einen Auftrag an die Gesellschaftstheilhaber enthielte, für sie Dritten gegenüber zu handeln, und sie bis zum Betrage ihrer Einlagen zu verpflichten; daß daher Dritte, welche mit einer solchen Gesellschaft Geschäfte eingingen, die ganze Gesellschaft zur Schuldnerin hätten, nämlich die Gesellschaftstheilhaber unbeschränkt, die Gesellschaftsgenossen dagegen nur bis auf den Betrag ihrer Einlagen. Hieraus folge aber — wird in den Entscheidungsgründen des höchsten Gerichtshofes weiter ausgeführt — daß den Gläubigern gegen die Gesellschaftsge-

nossen eine direkte Klage zustehe, und daß, da die Gesellschaftstheilhaber wegen der ausgebrochenen Zahlungsunfähigkeit überdieß der Verwaltung entsetzt seien, durch sie mithin die Gesellschaft nicht mehr repräsentirt werde, nur den Gläubigern, oder deren gesetzlichen Vertretern, den Syndics, die Klage auf Einzahlung der Einlagen gegen die vertrauten Gesellschafter zustehe.

28. Februar 1844.

11.

Stückvermächtnisse, welche als Wiedervergeltung für geleistete Dienste einer der im Art. 909 C. c. genannten Personen ausgesetzt worden sind, aber hinsichtlich ihrer Grösse dem Vermögen des Testirers und den geleisteten Diensten nicht entsprechen, können von dem Richter auf eine angemessene Summe herabgesetzt werden.

Sirey 1844 I. S. 710—712.

So erkannte der Cassationshof, als die Wittwe Dorson ihrem Arzte Sentes, welcher sie in ihrer letzten Krankheit behandelt hatte, eine jährliche Leibrente von 300 Fres. „als Anerkennung der Dienste, welche er ihr stets geleistet habe," vermacht, dieses Vermächtniß aber der königliche Gerichtshof zu Orleans dem Vermögen der Testirerin nicht angemessen gefunden hatte. 13. August 1844.

12.

Der Eigenthümer einer höher gelegenen, von fliessendem Wasser durchströmten Liegenschaft darf dasselbe nur so gebrauchen, dass die Inhaber der tiefer gelegenen, an dieses Wasser grenzenden Grundstücke sich dessen ebenfalls bedienen können. Im Falle sich Streit über die Benützung erhebt, so hat der Richter ein Reglement über gleichmässige Benützung des Wassers zu erlassen.

C. c. Art. 644. 645.
Sirey 1844 I. S. 737—740.

Dieß ist die Entscheidung des Cassationshofes in folgendem Falle: Combes und Depin besaßen Liegenschaften, welche von dem Bache Fabies durchströmt waren. Unterhalb derselben lag eine dem Baric gehörende Wiese, an welcher dieser Bach vorüberfloß. Die Ersteren zogen Gräben, durch welche sie beinahe alles Wasser des Baches auf ihre Grundstücke leiteten, so daß Baric seine Wiese nur äußerst dürftig, und bei trockener Witterung gar nicht wässern konnte. Er verlangte nun Beseitigung der gezogenen Gräben und beantragte zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten die Erlassung eines Reglements, wornach die Benützung des Bachwassers auf eine für alle Angrenzer billige Weise geordnet würde. Das Tribunal von Castres und der königliche Gerichtshof von Toulouse wiesen die Klage ab, weil das Recht der Benützung eines Wassers durch den, dessen Grundstück es durchströme, unbedingt und keiner weiteren Beschränkung unterworfen sei, als daß dem Bache da, wo er das Grundstück verlasse, der gewöhnliche Lauf wieder verschafft werde (Art. 644). — Diese Urtheile wurden aber cassirt und der höchste Gerichtshof sprach in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntnisse mit Rücksicht auf Art. 645 obige Grundsätze aus. 21. August 1844.

13.

Der Besitz der Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde durch den Schuldner begründet nur dann die Vermuthung der Zahlung oder Erlassung der Schuld, wenn der Besitzer beweisst, dass der Gläubiger ihm diese Urkunde freiwillig zurückgegeben habe.

C. c. Art. 1283. 1353.
Sirey 1844 I. S. 744—747

Diesen Grundsatz sprach der Cassationshof aus, als der Schuldner einer Rente zu dem Beweise der Erlassung derselben sich auf den Besitz einer Ausfertigung der über die Constituirung der Rente errichteten öffentlichen Urkunde berief, ohne Beweise oder auch nur Vermuthungen über die freiwillige Rückgabe dieser Ausfertigung durch den Gläubiger zu gleicher Zeit beigebracht zu haben.

28. August 1844.

14.

Der Tod eines Gesellschafters zieht kraft Gesetzes die Auflösung der Gesellschaft nach sich, auch Dritten gegenüber, und selbst dann, wenn eine Veröffentlichung nicht erfolgt ist. Art. 46 C. comm. bezieht sich nur auf Auflösungsarten einer Gesellschaft, welche Folgen einer Willenshandlung sind. *)

C. c. Art. 1865. C. comm. Art. 42—46, 64.
Sirey 1844 I. S. 763—769 (Man vergl. auch Beiblatt dieses Jahrgangs, I. Nr. 3.)

Franz Tivollier stand mit seinem Schwager Joseph Martin in einer Handelsgesellschaft, welche die Firma: „Tivollier, Vater, Sohn und Compagnie" führte. Im Jahre 1830 starb Franz Tivollier und hinterließ zwei minderjährige Kinder, über welche ihre Mutter die Vormundschaft führte. Martin betrieb auf gleiche Weise, wie früher die Handelsgeschäfte und der Tod seines Gesellschafters wurde weder von ihm, noch von der Wittwe Tivollier's veröffentlicht. Im Jahr 1841 mußte Martin die Zahlungen einstellen und legte zwei Billanzen vor: die eine über den Stand seiner persönlichen Angelegenheiten, die andere über den der Handelsgesellschaft Tivollier, Vater, Sohn und Comp. In beiden Beziehungen wurde der Stand der Zahlungsunfähigkeit gerichtlich ausgesprochen. Die Wittwe Franz Tivollier's erhob nun Namens ihrer Kinder gegen das in Beziehung auf die genannte Handelsgesellschaft ergangene Erkenntniß Einsprache, indem sie behauptete, daß durch den Tod ihres Mannes die Gesellschaft kraft Gesetzes sich aufgelöst habe, daß daher die nach diesem Zeitpunkte eingegangenen Verbindlichkeiten die Erben desselben nicht benachtheiligen könnten und daß nach Art. 64 C. comm. den Gläubigern der Gesellschaft wegen eingetretener Verjährung gegen die Erben Tivollier's kein Klagrecht mehr zustehe. Der Syndic de la faillite setzte dieser Einsprache entgegen, daß die Auflösung der Gesellschaft nicht veröffentlicht worden sei, wie es Art. 46 C. comm. verlange, die Gesellschaft daher Dritten gegenüber nicht aufgehört habe, fortzudauern. — Das Tribunal und der königliche Gerichtshof von Grenoble verwarfen die erhobene Einsprache, weil Art. 46 C. comm. die Veröffentlichung aller die Auflösung einer Gesellschaft bewirkenden Vorgänge vorschreibe, diese Vorschrift in allgemeinen und bestimmten Ausdrücken abgefaßt sei und keine Ausnahme enthalte, sie somit auch in den Fällen, in welchen eine Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst werde, beobachtet werden müsse, und weil ferner, da die Veröffentlichung des Todes des Franz Tivollier nicht erfolgt sei, die Gesellschaft Dritten gegenüber auch nicht als aufgelöst angesehen werden dürfe und daher die Failliteerklärung mit Recht auch gegen die Handelsgesellschaft gerichtet worden sei. — Gegen diese Erkenntnisse wurde das Rechtsmittel der Cassation mit Erfolg ergriffen. Die Entscheidung des höchsten Gerichtshofes lautet:

J. E, daß nach Art. 1865 C. c. eine Gesellschaft aufgelöst wird — — durch den natürlichen Tod eines der Gesellschafter; J. E., daß der Art. 46 C. comm. zwar jede Auflösung oder Veränderung einer Gesellschaft den durch die Art. 42, 43, 44 und 45 C. comm. vorgeschriebenen Förmlichkeiten unterwirft, diese Vorschrift sich aber nur auf solche Vorgänge bezieht, welche das Ergebniß menschlicher Handlungen sind, in der Anwendung dieser Bestimmung auf die kraft Gesetzes durch den Tod eines Gesellschafters herbeigeführte Auflösung einer Gesellschaft daher eine ungebührliche Ausdehnung des Art. 56 C. comm. liegt und eine Verletzung des Art. 1895 C. c. enthält, — wird das angefochtene Urtheil cassirt.

10. Juli 1844. Ottendorff.

---

*) Nach *Devilleneuve* bestehen unter den französischen Rechtsgelehrten über diese Frage drei verschiedene Ansichten: die einen, an deren Spitze *Pardessus*, Droit Commerç. t. 4, Nr. 1088, und *Bavard-Veryères*, Manuel du droit comm. pag. 61 stehen, vertheidigen die Ansicht, daß nach Art. 46 C. comm. jede Auflösung einer Gesellschaft, auch wenn sie durch den Tod eines der Gesellschafter herbeigeführt werde, veröffentlicht werden müsse, und daß bei unterlassener Veröffentlichung die Handlungen der überlebenden Gesellschafter die Erben des Verstorbenen dergestalt verpflichten, als ob sie kraft eines Gedinges Mitglieder der Gesellschaft seien. — Nach der Ansicht *Delangle's*, traité des sociétés commerç., t. 2, Nr. 580, 581 muß die Auflösung nur dann veröffentlicht werden, wenn sie nicht Folge höherer Gewalt, wie des Todes eines der Gesellschafter ist. Haben jedoch die überlebenden Gesellschafter es versucht, dem Publikum die Meinung beizubringen, als ob sie des Todes ihres Gesellschafters ungeachtet den Vertrag fortsetzten, so dürfen nach der Ansicht dieses Rechtslehrers die Gerichte erkennen, daß unter diesen Gesellschaftern die Auflösung als nicht vorgekommen zu betrachten sei. — So erkannte der Cassationshof am 16. Mai 1838. Sirey 1838 I. p. 836. — Nach *Troplong* endlich (Commentaire des sociétés, t. 2, Nr. 903) ist die Veröffentlichung der Auflösung nicht unbedingt nothwendig und es genügt, damit die Gesellschaft Dritten gegenüber als aufgelöst betrachtet werde, wenn diese auf irgend eine Art nur den Tod des Gesellschafters erfahren haben; ist dieses aber nicht der Fall, so wird die Gesellschaft Dritten gegenüber als fortdauernd angesehen, und es verpflichten die überlebenden Gesellschafter die Erben des Verstorbenen.

D.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 4. Karlsruhe, den 3. Juli. **1847.**

15.

Das dreissigjährige Bestehen eines Kanals durch welchen fliessendes Wasser auf Liegenschaften geleitet wird, welche nicht an dasselbe angrenzen, kann den tieferliegenden Angrenzern gegenüber die Ersitzung der Benützung des Wassers begründen.

C. c Art. 642, 644, 691.
Sirey 1844 I. S. 779, 780.

Die Bewohner von Bachers hatten einen Kanal gegraben, um durch diesen aus dem Bache gleichen Namens auch solche Grundstücke zu bewässern, welche nicht an dem Bache liegen. Eine lange Reihe von Jahren hindurch wurde diese Bewässerung fortgesetzt. Einwohner des Dorfes „Des Preaux" deren Grundstücke tiefer lagen, aber an den Bach selbst angrenzten, stellten im J. 1835 eine Klage gegen die Bewohner von Bachers an, und verlangten Zerstörung des Kanals, durch welchen auf eine unmäßige Weise das Wasser des erwähnten Baches aufgebraucht werde, und begehrten ferner die Erlassung eines Reglements über gleichmäßige Benützung des Wassers nach Art. 645 C. c. — Dieser Klage wurde die Einrede der Ersitzung entgegengestellt, da ein Kanal eine offene Anlage sei, und derselbe länger, als die rechtsverjährte Zeit hindurch bestehe. Die Einrede wurde für begründet erachtet, und die Klage abgewiesen. Vor dem Cassationshof stellten die Kläger die Beschwerde dahin auf, daß der königliche Gerichtshof die Einrede der Ersitzung zugelassen habe, während doch der Kanal nicht auf den Grundstücken der Kläger sich befinde, sie daher, da diese Anlage ihnen gegenüber nicht als eine offene gelten könne, gar nicht berechtigt gewesen seien, sich dessen Errichtung zu widersetzen. C. c. Art. 222, 641, 644. Der Cassationshof verwarf das eingelegte Rechtsmittel, weil jeder Besitzer eines an einen Bach grenzenden Grundstückes dabei interessirt sei, wenn dessen Wasser auf nicht angrenzende Liegenschaften geleitet werde; die Kläger daher allerdings das Recht gehabt hätten, gegen die Errichtung des Kanales zu protestiren.

26. Februar 1844.

16.

Die Errichtung einer Fabrik, deren Betrieb das Bewohnen der benachbarten Gebäude ungesund, oder doch in hohem Grade beschwerlich macht, verpflichtet zum Schadenssersatz.

C. c. Art. 544, 1382.
Sirey 1844 I. S. 811 — 817.

Derosne errichtete in Paris inmitten bewohnter Gebäude eine Fabrik chemischer Präparate, bei deren Bereitung theils durch die in Gang gesetzten Maschinen ein heftiger Lärm verursacht, theils Dämpfe, welche der Gesundheit der Bewohner der Nachbarhäuser schädlich waren, erzeugt wurden. Die Nachbarn wandten sich an die Verwaltungsbehörde um Abhilfe, jedoch ohne Erfolg. Nun belangten sie den Derosne bei den Gerichten theils auf Schadensersatz, theils auf Herstellung von Vorrichtungen, welche den Lärm vermindern, und der Ausbreitung der Dämpfe in der Nähe der Fabrik Einhalt thun sollten. Diesem Begehren entsprachen die Erkenntnisse des Tribunals der Seine, und des königl. Gerichtshofes zu Paris, durch welche nicht nur nach erhobener Expertise 1) die Herstellung der fraglichen Vorrichtungen angeordnet, und den Klägern eine Entschädigung für die Vergangenheit zuerkannt, sondern selbst 2) dem Beklagten für die Zukunft auferlegt wurde, wegen der durch

die Fabrik den Nachbarn verursachten Belästigung diesen alljährlich eine Summe zu zahlen, welche mit der Vermehrung oder Verminderung der Störung in einem gewissen Maaßstabe zu- oder abnehmen, und erst mit der vollständigen Beseitigung der Belästigung wegfallen sollte. — Der Beklagte wandte sich nun wegen Verletzung der Artik. 544, und 1382 C. c. an den Cassationshof. Dieser sah jedoch in dem ersten Theile des angegriffenen Erkenntnisses keine Verletzung, wohl aber in dem zweiten Theile eine übertriebene Anwendung der angeführten Artikel, und hob den zweiten Theil daher auf.

27. November 1844.

17.

Anschwemmungen, welche sich in Folge von Wasserbauten bilden, kommen nicht den Eigenthümern der am Ufer gelegenen Grundstücke zu Gute, wenn das angeschwemmte Land durch die künstlichen Anlagen vom Ufer selbst getrennt worden ist.

C. c. Art. 556.
Sirey 1844 I. S. 839, 840

Entscheidung des Cassationshofes J. S. Bon und Tardiry gegen die Gemeinde Clair. 17. Juli 1844.

Vergl. *Sirey* 1840 I. S. 155.

18.

Das Vermächtniss eines in zweiter Ehe lebenden Mannes, dass er seiner Ehegattin die Nutzniessung „an einem so grossen Theile seines Vermögens, als ihm das Gesetz gestatte," hinterlassen wolle, ist mit analoger Anwendung der Art. 917, 1094 C. c. auszulegen.

C. c. 1098, 917, 1094.
Sirey 1844 I. S. 844, 845.

Cunin hatte aus erster Ehe eine Tochter. Nachdem er sich wieder verheirathet hatte, vermachte er seiner Ehegattin die Nutznießung „an einem so großen Theile seines Vermögens, als ihm das Gesetz gestatte." Nach seinem Tode sprach seine Wittwe die Nutznießung an der Hälfte seines Vermögens an, weil ihr nach Art. 1098 der Testirer ein Viertheil seines Vermögens zu Eigenthum hätte vermachen dürfen, einem solchen Vermächtnisse aber die Nutznießung an der Hälfte des ganzen Vermögens gleich stehe. Die Tochter Cunin's behauptete jedoch, daß ihr Vater nur an einem Viertheile des Vermögens die Nutznießung habe hinterlassen wollen, da ihm das Gesetz mehr zu **geben** nicht erlaube.

Das Tribunal und der königl. Gerichtshof von Metz erkannten: die Absicht des Testirers sei gewesen, seiner Gattin die Nutznießung an seinem Vermögen in einem so großen Umfange, als es ihm nur irgend gesetzlich möglich sei, zu hinterlassen; da nun das Gesetz in Art. 1098 ihm erlaubt hätte, seiner Gattin ein Viertheil seines Vermögens zu Eigenthum zu hinterlassen, einem solchen Vermächtnisse aber nach Art. 1094 die Nutznießung an der Hälfte des Vermögens rechtlich gleich stehe, so müsse man annehmen, er habe über die Nutznießung an der Hälfte seines Vermögens testiren wollen. Mit Rücksicht auf Art. 917 müsse es indessen dem Erben frei stehen, nach seiner Wahl dem Vermächtnißnehmer entweder die Nutznießung in dem erwähnten Umfange, oder ein Viertheil des Vermögens zu Eigenthum zu hinterlassen.

Der Cassationshof trat dieser Entscheidung bei.

1. April 1844.

19.

Der Eigenthümer eines Geländes, welches auf der einen Seite an einen Fluss grenzt, auf den übrigen Seiten durch Grundstücke von der gemeinen Strasse abgeschnitten ist, hat das Recht von seinem Nachbarn einen Nothweg zu fordern.

C. c. Art. 682.
Sirey 1844 I. S. 845—847.

Touzet und Dubourp sind Eigenthümer eines auf der Insel Lacroir gelegenen Geländes, das auf der einen Seite an die Seine stößt; auf den übrigen Seiten ist es von mehreren Grundstücken umgeben, und durch sie von einer Straße abgeschnitten, welche über eine Brücke führt, die die Verbindung der Stadt Rouen mit der Insel herstellt. Touzet und Dubourp verlangten von ihren Nachbarn einen Nothweg zu der erwähnten Straße, indem sie nachwiesen, daß die Ueberfahrt zu ihren Grundstücken

in manchen Zeiten des Jahrs, wie wenn die Seine mit Eis bedeckt, oder wenn Hochwasser eingetreten sei, unmöglich, sonst aber wegen der Stromschnellen und der Dampfschifffahrt immer mit Gefahr verbunden sei. Die beklagten Besitzer der umliegenden Grundstücke verweigerten den Nothweg, indem sie darauf hinwiesen, daß in früheren Zeiten die Brücke gar nicht existirt habe, daher jeder Besitzer von auf der Insel gelegenen Grundstücken zu ihnen nur durch Ueberfahren habe gelangen können; und überdieß behaupteten, daß eine Liegenschaft, welche vermittelbst Booten erreicht werden könne, nicht als eingeschlossen im Sinne des Art. 682 zu betrachten sei. Das Tribunal und der königliche Gerichtshof von Rouen fanden in den von den Klägern nachgewiesenen Umständen, wornach die Ueberfahrt zu deren Gelände mit Gefahr verbunden, und zeitweise selbst unmöglich sei, hinlänglichen Grund um zu erkennen, daß dieses Gelände nach dem Geiste des Art. 682 C. c. als ein eingeschlossenes anzusehen sei. — Der Cassationshof war der gleichen Ansicht. — *)

31. Juli 1844.

20.

Der vertraute Gesellschafter übt keine Verwaltungshandlungen im Sinne des Art. 27. C. comm. aus, wenn er an Vorsichtsmassregeln, welche innerhalb der Gesellschaft beschlossen werden, und durch welche nicht mit Dritten in Verbindung getreten wird, Theil nimmt.

Art. 26, 27, 28. C. comm.

Das Journal „Le Monde“ war Eigenthum einer Gesellschaft. Nach dem Gesellschaftsvertrag bestand ein Ausschuß zur Ueberwachung der Geschäftsführung. Der vertraute Gesellschafter Morizot war Mitglied dieses Ausschusses, und nahm an dessen Berathungen, so wie an der provisorischen Festsetzung des Ausgabebudgets, wodurch aber der Geschäftsführer in Ausgaben für unvorhergesehene Fälle nicht beschränkt wurde, Theil. — Die Gläubiger der Gesellschaft belangten nun den Morizot auf Zahlung der Gesellschaftsschulden, da er an der Verwaltung Theil genommen, und dadurch sammtverbindlich geworden sei. Das Tribunal der Seine, und der königliche Gerichtshof zu Paris verurtheilten den Beklagten. Der Cassationshof aber, an welchen sich Morizot nun wandte, fand dessen Beschwerden gegründet, da keine Bestimmung des C. comm. verbiete, daß bei einer vertrauten Gesellschaft ein aus Aktionären, oder Gesellschaftsgenossen gebildeter Ausschuß zur Ueberwachung der Geschäftsführung bestehe; da die Rathschläge, welche derselbe dem verantwortlichen Geschäftsführer ertheile, und die Berathungen, die er pflege, um die Ausgaben des Geschäftsführers zu beschränken, lobenswerthe Handlungen der Vorsicht und der Klugheit seien, welche in dem Schooße der Gesellschaft vorgenommen würden, und den Dritten, welche mit dem Geschäftsführer verhandelten, gänzlich fremd blieben, sie daher nicht als Verwaltungshandlungen im Sinne des Art. 27 C. comm. erschienen, indem die Gläubiger der Gesellschaft sich hiedurch nicht veranlaßt sehen könnten, im Vertrauen auf die Gesellschaftsgenossen und deren Verantwortlichkeit hin, Geschäfte mit dem Geranten abzuschließen.

13. November 1844.

21.

Die Regel, dass im Falle des Verlustes eines Wechsels der im Art. 152 C. comm. erwähnte gerichtliche Beisatzbefehl zuerst zu erwirken, und erst dann der Rechtsverwahrungsschein aufzunehmen sei, leidet nur im Falle höherer Gewalt eine Ausnahme. Eine solche ist anzunehmen, wenn der Wechsel an dem Tage verloren wird, an welchem er zur Zahlung zu präsentiren ist, und daher zur Erwirkung des gerichtlichen Beisatzbefehles keine Zeit mehr übrig bleibt. *)

C. comm. Art. 152, 153.

Sirey 1845 I. S. 5—8.

Ein von Dubus-Bonel auf die Ordre des Filcon ausgestellter eigener Wechsel wurde an Desprats über-

*) Auf gleiche Weise hat Zachariä diesen Fall entschieden. Band II. §. 246. Note 2.

*) Die französischen Gerichte haben diese Frage schon in entgegengesetzter Weise entschieden. Es sprach der Cassationshof im

geben, kam von diesem an Oeschger, Rauch und Comp. und zuletzt durch einen weiteren Wechselübergeber an Lafitte. Der Verfalltag war der sechste November 1842, ein Sonntag. Lafitte ließ daher am Tage vorher, am 5. dem Dubus-Bonel den Wechsel präsentiren; dieser konnte ihn aber nicht einlösen. Lafitte stellte ihn sofort dem unmittelbar vorhergehenden Wechselübergeber zu, welcher auch den Werth wiedererstattete, und ihn am Montage, den 7., einen Tag nach dem Verfalltage an die Handlung Oeschger und Rauch überlieferte. Auch diese leistete Rückzahlung, und sandte ihn am nämlichen Tage noch zu einer sehr späten Stunde durch einen Handlungsgehülfen an Desprats. Auf dem Heimwege wurde der Wechsel verloren, Desprats aber alsbald davon in Kenntniß gesetzt. Oeschger und Rauch ließen noch am gleichen Tage eine Einspracheurkunde, und einen Rechtsverwahrungsschein dem Dubus notificiren, worin sie ihn aufforderten, den Werth des verlorenen Wechsels zu erstatten, da sie durch die Rückzahlung das Eigenthum an ihm erlangt hätten. Denselben Akt ließen sie auch Filion und Desprats significiren und belangten sie sodann auf Zahlung des Wechsels vor dem Handelsgerichte zu Paris.

Die Beklagten behaupteten, der Rechtsverwahrungsschein sei nichtig, weil nicht nach der Vorschrift des Art. 152. C. comm. der richterliche Beisatzbefehl **zuvor** erwirkt worden sei. Die Kläger wandten hiegegen ein, daß der Wechsel einen Tag nach der Verfallzeit, mithin an demselben Tage verloren worden sei, an welchem die Protestationsurkunde hätte aufgenommen werden müssen, um die Rechte des Wechseleigenthümers zu sichern; daß mithin keine Zeit mehr gewesen, den richterlichen Beisatzbefehl zu erwirken, und eine Formalität zu erfüllen, deren Unterlassung lediglich höherer Gewalt zuzuschreiben sei. — C. comm. Art. 162.

Das Handelsgericht verwarf die Klage. Es ging hiebei von der Ansicht aus, daß nach Art. 153. C. comm. der Eigenthümer eines verlorenen Wechsels nur dann Zahlung verlangen, und einen Rechtsverwahrungsschein aufnehmen lassen könne, wenn er nach der Vorschrift des Art. 152 zuvor den richterlichen Beisatzbefehl erwirkt habe. Denn dieser werde erst gegeben, wenn durch Vorlage der Bücher das Eigenthumsrecht an dem Wechsel nachgewiesen und Sicherheit geleistet sei, und er vertrete sodann die Stelle des verlorenen Wechsels selbst. — Der königliche Gerichtshof zu Paris änderte zu Gunsten des Klägers das Urtheil ab, und die hiegegen eingewendete Cassation wurde verworfen. Der Entscheidung des höchsten Gerichtshofes liegen im Wesentlichen folgende Sätze zu Grunde.

Der Absageschein, welcher eine Abschrift des Wechsels selbst enthalten solle, bezwecke die Nachweisung der regelmäßigen Präsentation des Wechsels, und der Weigerung der Zahlung, Art. 162, 164, 170.; er solle durch keinen andern Akt, außer im Falle des Verlustes des Wechsels ersetzt werden können. Dann aber solle das Eigenthumsrecht durch Vorlage der Bücher nachgewiesen, und Kaution geleistet werden, nur unter dieser Voraussetzung aber Zahlung gefordert werden können. Wenn nun die nach den Vorschriften des Art. 152 geforderte Zahlung verweigert werde, so erhalte der Eigenthümer des verlorenen Wechsels nur dadurch seine Rechte, daß er einen Tag nach dem Verfalltage einen Rechtsverwahrungsschein aufnehmen, und den Wechselgebern und Uebergebern in den für den Absageschein vorgeschriebenen Formen und Fristen zustellen lasse. Die Nachweisung des Eigenthums an der Forderung sei demnach für die Gültigkeit des Absage-, wie des Rechtsverwahrungsscheines unerläßlich, und die vorgeschriebenen Formen strenge zu beobachten. Eine Ausnahme finde nur dann Statt, wenn das Eigenthum an der Forderung nachgewiesen, und es wegen höherer Gewalt unmöglich gewesen sei, den Beisatzbefehl **vor** der Aufnahme des Rechtsverwahrungsscheines zu erwirken; als solche sei aber das Verlieren des Wechsels am Tage nach der Verfallzeit zu betrachten.

17. Dezember 1844.

Ottendorf.

Jahre 1828 (*Sirey* I. S. 178) und ebenso der königliche Gerichtshof von Toulouse i. J. 1829 (*Sirey* 1829 II. S. 254) aus, daß der gerichtliche Beisatzbefehl nicht nothwendig vor der Aufnahme des Protestationsaktes erwirkt werden müsse. Dieser Meinung stimmt Nouguier, Lettres de change I. p. 336. Nr. 2 bei. Im Jahre 1834 dagegen entschied der Cassationshof, daß die vorgängige Erwirkung des Beisatzbefehls unerläßlich sei. *Sirey* 1834. I. S. 220) und dieser Ansicht trat bei Horson, Questions sur le Code de commerce, quest 100, 101 (Note Devilleneuves.) D.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro. 5. Karlsruhe, den 10. Juli. **1847.**

22.

Die nach Art. 51 C. comm. aufgestellten Schiedsrichter sind zur Entscheidung der Frage, ob ein Gesellschaftsvertrag wegen nicht geschehener Veröffentlichung nichtig sei, nicht zuständig. *)

Die Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrags wegen Mangels der Veröffentlichung desselben kann von einem Gesellschafter gegen den andern selbst dann geltend gemacht werden, wenn er ihn schon theilweise vollzogen hat. C. comm. Art. 39. 42.

Wenn der Gesellschaftsvertrag nicht nach Massgabe des Art. 42 veröffentlicht worden ist, so ist er gleichwohl für alle vor der Nichtigkeitsklage vollendeten Vorgänge unter den Gesellschaftsmitgliedern massgebend. — Die daraus entstehenden Streitigkeiten sind von Schiedsrichtern zu entscheiden. C. comm. Art. 42. 51.

Sirey 1845 I. S. 10—14.

Grenouillet und C. de Greuille traten im Jahre 1829 in eine Handelsgesellschaft zur Betreibung eines Hüttenwerks zusammen. Der Gesellschaftsvertrag enthielt unter andern die Bestimmungen, daß die Gesellschaft 12 Jahre dauern, daß jedes Jahr ein Inventar errichtet werden, daß mit dem Tode des einen Gesellschafters die Gesellschaft in der Weise aufgelöst sein solle, daß der Ueberlebende die Geschäfte fortführen, und den Erben des Verstorbenen dessen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen mit 5 Procent verzinsen, die Theilung des Vermögens aber nach dem zuletzt errichteten Inventar stattfinden solle.

Der Vertrag wurde zuwider der Vorschrift des Art. 42 C. comm. nicht veröffentlicht. Grenouillet starb im Jahr 1840, bis zu welcher Zeit er den Betrieb des Geschäftes geleitet hatte. Das im Gesellschaftsvertrag erwähnte Inventar wurde nur fünfmal, zum letztenmale im Jahr 1834 errichtet. Die Erben Grenouillet's behaupteten nun, daß von dem Jahr 1835 an der Gesellschaftsbetrieb als auf Rechnung des de Greuille geführt betrachtet, und das letzte Inventar der Auseinandersetzung des Vermögens zu Grunde gelegt werden müsse. De Greuille dagegen war der Ansicht, daß, da aus Nachlässigkeit seines Gesellschafters das Inventar nicht errichtet worden sei, dessen Erben die Folge davon zu tragen haben; daß somit die Liquidation auf die gewöhnliche Weise vorzunehmen sei. Dieß führte zu einem Rechtsstreite. Die Erben Grenouillet's beantragten dessen Schlichtung durch Schiedsrichter gemäß dem Art. 51 C. comm. De Greuille erklärte sich zwar damit einverstanden, beantragte aber zugleich, daß der Gesellschaftsvertrag wegen Mangels der vorgeschriebenen Veröffentlichung für nichtig erklärt werde.

Die ernannten Schiedsrichter erklärten aus diesem Grunde den Gesellschaftsvertrag für nichtig, und entschieden zu Gunsten de Greuille's. Die Erben Grenouillet's behaupteten nun im Wege der Appellation und der Cassation, daß die nach Vorschrift des Art. 51 C. comm. aufgestellten Schiedsrichter nicht zuständig seien, über die

*) Auf gleiche Weise entschieden vom Cassationshofe, *Sirey* 1834 I. S. 276. 1836 I. S. 387. 629; vom königlichen Gerichtshofe zu Lyon, *Sirey* 1832 II. S. 104.

Frage zu entscheiden: ob ein Gesellschaftsvertrag nichtig sei, oder nicht. Der königliche Gerichtshof von Bourges und der Cassationshof traten dieser Ansicht bei, da die nach Art. 51 aufgestellten Schiedsrichter nur solche Streitigkeiten zu entscheiden hätten, welche zwischen Handelsgesellschaftern in Handelsstreitigkeiten entstanden seien. Die Vorfrage aber, ob denn auch eine Handelsgesellschaft vorhanden sei, mithin, ob ein Fall vorliege, in welchem die ernannten Schiedsrichter zur Entscheidung gesetzlich berufen seien, gehöre vor die ordentlichen Gerichte.

Im Laufe dieses Rechtsstreites kamen außer einigen andern auch noch folgende zwei Rechtsfragen zur Entscheidung:

1) Ob die Nichtigkeit eines nicht veröffentlichten, aber bereits vollzogenen Gesellschaftsvertrags von einem Gesellschafter dem andern entgegengehalten werden könne? Art. 1134. 1338 C. comm.

Dieß wurde von beiden Gerichtshöfen bejaht, da die Veröffentlichung des Gesellschaftsvertrags im Art. 42 C. comm. bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschrieben, und dieß Gebot im öffentlichen Interesse gegeben sei; mithin der Vollzug des Vertrags dessen Nichtigkeit nicht heilen könne. *)

2) Welche Wirkung die Erklärung der Nichtigkeit des bereits vollzogenen Gesellschaftvertrags habe, da durch die langjährige Dauer des Gesellschaftsbetriebs doch eine Gemeinschaft von Pflichten und Rechten entstanden sei? Der königliche Gerichtshof war der Ansicht, daß ein nichtiger Vertrag gar keine Wirkungen erzeugen könne, welche der Liquidation zur Grundlage dienen dürfen; daß zwar die zehnjährige Betreibung des Hüttenwerks allerdings eine Gemeinschaftlichkeit der Interessen faktisch erzeugt habe, welche einem Gesellschaftsverhältniß gleich zu achten sei, und daß deßhalb auch Schiedsrichter zur Schlichtung der daraus entstehenden Streitigkeiten zuständig seien; daß diese jedoch nicht nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, sondern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Gesellschaftsverhältnisse zu entscheiden haben.

Der Cassationshof erkannte jedoch, daß der Ausspruch der Nichtigkeit des Vertrags nicht auf solche Vorgänge zurückwirken könne, welche vor der Nichtigkeitsklage bereits vollendet gewesen seien, daß daher der königliche Gerichtshof, indem er die Schiedsrichter angewiesen, über die aus solchen Vorgängen entstehenden Streitigkeiten nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über Gesellschaften zu entscheiden, ein irriges Urtheil gegeben habe. — Indessen war der Cassationshof mit der Ansicht des königlichen Gerichtshofes, daß der Streit durch Schiedsrichter zu schlichten sei, einverstanden.

31. Dezember 1844.

*) Die Streitfrage, ob im Absatz 3 des Art. 42 die Worte: „à l'egard des interéssès“ von Gesellschaftern, oder von Dritten zu verstehen sei, wurde für Baden durch die Uebersetzung im Handelsrecht: „unter den Gesellschaftsmitgliedern“ beseitigt. Nach derselben Ansicht hat der Cassationshof schon mehrere Male entschieden.

D.

23.

Die Uebereinkunft, dass das Eigenthum eines für ein Darlehen verpfändeten Grundstückes dem Gläubiger zufalle, wenn die Schuld zur bestimmten Zeit nicht bezahlt werde, ist giltig. *)

C c. Art. 2078. 2088.

Sirey 1845 I. S. 17—19. 1840 II. 501. 532.

Obige Entscheidung gab der königliche Gerichtshof von Montpellier im Jahre 1840 in der Sache Giron gegen Dyols und Mareilhacy. Die Gründe hiezu lauten:

*) Zachariä II. Band, §. 483, Note b hält die Anwendung der Art. 2078. 2088 auch auf Unterpfand für zulässig. — *Devilleneuve* gibt in der Note den Stand der französischen Litteratur über diese Frage an. Hiernach erklären eine Uebereinkunft, wie die in Frage stehende für nichtig: *Delvincourt* III. p. 275 (édition de 1819), und *Coulon*, Questions de droit. II. dial. 72. p. 293. *Troplong*, de la Vente I. Nr. 77 sieht darin einen bedingten Kauf, läßt ihn jedoch nur gelten, wenn der Preis bei Ablauf der Zahlungsfrist festgesetzt wird, weil sonst eine Erhöhung des Werthes der Liegenschaft dem Schuldner nicht zu Gute komme. *Duvergier*, de la Vente I. p. 119 dagegen läßt auch eine Preisbestimmung beim Abschluß des Darleihvertrags zu, sobald kein Betrug mitunterlaufe, während *Championnière*, traité des droits d'enregistrement III. Nr. 2071 in einer solchen Uebereinkunft, wenn nicht zu Anfang des Vertrags der Preis bestimmt wird, nur ein Verkaufsversprechen sieht, welches nur den Entleiher binde. — *Devilleneuve* hält einen Vertrag der in Frage stehenden Art in jedem Falle für eine nicht verbotene, bedingte Uebereinkunft

In Erwägung, daß nach Art. 1584 C. c. ein Kauf unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden darf, eine solche Bedingung aber der Uebereinkunft zu Grunde liegt, daß, wenn ein Pfandschuldner zur Verfallzeit die Pfandschuld nicht bezahlt, die verpfändete Liegenschaft dem Gläubiger als Eigenthum zufallen soll; in Erwägung, daß eine solche Uebereinkunft auch weder durch den Art. 2078, noch durch den Art. 2088 verboten ist, durch den ersten nicht, weil er nur von Fahrnissen redet, durch den zweiten nicht, weil dieser vom Nutzpfande, welches mit dem Unterpfande keine Aehnlichkeit hat, handelt; daß aber diese Verbote nicht auf einen Fall herüber gezogen werden dürfen, welchen das Gesetz nicht benennt; aus diesen Gründen ist eine solche Uebereinkunft als erlaubt anzusehen.

In einem andern Falle (Burgière c. Costaniée) stellte derselbe Gerichtshof andere Grundsätze auf, und erklärte einen solchen Vertrag für nichtig. Eine solche Uebereinkunft, ist in den Entscheidungsgründen ausgeführt, bestimme die Folgen der Nichterfüllung der bedungenen Rückzahlung eines Darlehens in anderer Weise, als das Gesetz; dieses lasse hiefür keine andere, als die in den gesetzlichen Zinsen bestehende Entschädigung zu. Ein Schuldner, der in der Lage sei, einen solchen Vertrag eingehen zu müssen, sei auch nicht dem gleichzustellen, der einen freiwilligen Verkauf abschließe; denn dieser könne angemessene Bedingungen stellen, vortheilhafte Preise fordern, während der in gedrückten Verhältnissen lebende Schuldner einen solchen Verkauf nur in der Hoffnung abschließe, das Darlehen vor der Verfallzeit heimzahlen zu können; einem im Gerichtszugriffe bewirkten Verkaufe könne aber ein solcher Vertrag nicht gleichgestellt werden, weil ihm die wesentlichen zur Sicherung des Schuldners festgesetzten Bedingungen der Concurrenz und der Oeffentlichkeit abgehen, und dadurch wucherlichen Bestrebungen der Eingang verschafft werde. — In den Art. 2078. 2088 habe das Gesetz auch das Princip, wornach ein solcher Vertrag zu Recht nicht bestehen könne, ausgesprochen; und der Umstand, daß bei dem Faust- und Nutzpfand der Gläubiger im Besitze des Pfandes sei, enthalte keine so wesentliche Verschiedenheit, daß auf einen Vertrag der in Frage stehenden Beschaffenheit das gesetzliche Verbot nicht angewendet werden dürfe; denn der Schuldner, welcher sich noch im Besitze seines Pfandes befinde, sei nicht in einer besseren Lage, als der, welcher sich des Besitzes bereits entäußert habe. Im Gegentheile; der letztere fühle sich hiedurch stets gemahnt, durch die Zahlung vor dem Verfalltage dem gänzlichen Verluste seines Eigenthumes vorzubeugen, während der noch im Besitze Befindliche leichter vom Verfalltage überrascht werde, und nun sein Eigenthum verliere.

Der Cassationshof, an welchen sich die Käuferin wandte, kassirte dieses Urtheil. Seine Gründe gehen im Wesentlichen dahin: Der Wille der Parteien sei bei Auslegung der Verträge so lange allein maßgebend, als nicht verbietende Gesetze entgegenstehen. Dieß sei hier nicht der Fall, da die Verbote der Art. 2078. 2088 einer ausdehnenden Auslegung nicht empfänglich seien; hier stehe vielmehr ein bedingter Kauf in Frage, welcher erst dann zum Vollzuge komme, wenn in der bedungenen Frist der Kaufpreis nicht gezahlt werde.

1. Juli 1844.

24.

Eine Gemeinde kann sich durch eine Besitzklage schützen, wenn ihre Mitglieder im Begehen eines über ein Privateigenthum führenden Weges gestört werden.

C. c. Art. 637. 691. C. proc. Art. 23. Pr.-Ord. §. 747. 750.

Sirey 1845 I. S. 24—26.

Die Mitglieder der Gemeinde de la Chapelle-Gauthier begingen, um zu ihrer Kirche zu gelangen, seit langer Zeit einen durch den Graben des Schlosses gleichen Namens führenden Weg. Als nun Graf Dufau dieses Schloß erwarb, ließ er, um die Gemeinde an dem Begehen seines Privateigenthums zu verhindern, Bäume

kunft, der Preis mag mit oder ohne Rücksicht auf die Größe des Darlehens, zum Voraus bestimmt, oder auf ein später von Sachverständigen abzugebendes Gutachten ausgesetzt sein, sobald nur nicht ein Betrug oder eine Verkürzung unterlaufe. Letztere findet er mit *Duvergier*, aber nicht nur in einer Verkürzung des Art. 1674, sondern in jeder Verletzung von einigem Belang, weil hierin ein Mißbrauch der bedrängten Lage des Schuldners durch den Gläubiger liege, welche einem Betruge gleichstehe. D.

auf den Weg pflanzen. Die Gemeinde stellte aber eine Besitzklage an, welche der Friedensrichter auch für statthaft erklärte. Das Tribunal von Melun änderte jedoch dieses Erkenntniß ab, weil eine Weggerechtigkeit eine unständige Dienstbarkeit sei, deren Ausübung nicht zur Ersitzung führe, welche somit eine Besitzklage auch nicht begründen könne. Dieses Urtheil wurde von dem Cassationshofe kassirt, da „ein solcher durch die Bewohner eines Dorfes ausgeübter Besitz nicht den Charakter einer unständigen Dienstbarkeit, oder einer einfachen Weggerechtigkeit zu Gunsten des einen, oder zur Last des andern Grundstückes in sich trage, und daß sie allerdings Grund *) zur Anstellung einer Besitzklage abgebe, um hiedurch die von dem Grafen Dusau unterbrochene öffentliche Verbindung provisorisch wieder herzustellen."

2. Dezember 1844.

25.

Verfallene Zieler einer von dem Gesetze für unangreifbar erklärten Rente können durch Novation Gegenstand der Vollstreckung werden.

C. c. Art. 1273. C. proc. Art. 581. 582. Pr.-Ord. §. 1022.

Sirey 1845 I. S. 38—40.

Labbey schuldete dem de la Bonnevalière mehrere verfallene Zieler einer unangreifbaren Unterhaltsrente im Gesammtbetrage von 6400 Franken. Bei einer im Jahre 1839 gepflogenen Abrechnung quittirte de la Bonnevalière zwar den Empfang, aber beide Theile kamen zugleich überein, daß die erwähnte Summe in den Händen des Schuldners bleiben, dieser sie aber dem Gläubiger zur Verfügung halten, und verzinsen sollte. Gläubiger des de la Bonnevalière verlangten bald darauf, daß die zu ihren Gunsten erkannte Vollstreckung auf die Forderung ihres Schuldners an Labbey ausgedehnt werden solle. Allein de la Bonnevalière wandte ein, daß diese Forderung eine von dem Gesetze für unangreifbar erklärte Leibrente zum Gegenstande habe, daher auf sie die Vollstreckung nicht ausgedehnt werden könne. Der königliche Gerichtshof von Caën verwarf diese Einrede, indem er in dem Uebereinkommen vom Jahre 1839 eine Novation erblickte, wodurch die verfallenen Zieler der Leibrente in ein Darlehen umgewandelt worden seien, und den Charakter der Unangreifbarkeit verloren haben. — Der Cassationshof trat dieser Ansicht bei.

19. August 1844.

*) Worin dieser Grund liege, hat der höchste Gerichtshof nicht angegeben. D.

26.

Die Ertheilung des im Art. 1008 C. c. erwähnten Beisatzbefehls ist ein Akt der streitigen, und nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Erben können daher mit den Rechtsmitteln der Einsprache und der Appellation dagegen auftreten.

C. c. Art. 1006. 1008.

Sirey 1845 I. S. 66—70.

De Broches starb ohne Pflichterben zu hinterlassen. Wenige Tage nach seinem Tode wurde dem Präsidenten des Tribunals von Uzès ein eigenhändiges Testament des de Broches von unbekannter Hand auf der Post zugesendet, und alsbald suchte der darin als einziger Erbnehmer benannte Quatrefages du Fesque um Ertheilung des im Art. 1008 erwähnten Beisatzbefehles nach, welche auch gewährt wurde. Als dieses die gesetzlichen Erben erfuhren, so erhoben sie dagegen Einsprache, ließen den Quatrefages vorladen, und verlangten mit besonderer Hinweisung auf die verdächtige Art, wie das Testament zum Vorschein gekommen, Zurücknahme des Beisatzbefehls. Ihr Gesuch wurde abgeschlagen, wogegen sie appellirten. Quatrefages bestritt die Zulässigkeit der Appellation, indem er behauptete, daß die Ertheilung des Beisatzbefehls, und die Inhäsivverfügung, wodurch er aufrecht erhalten wurde, Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit seien, wogegen keine Appellation stattfinde. Der königliche Gerichtshof von Nimes ließ aber die Appellation zu, indem er ausführte, daß der Beisatzbefehl den gesetzlichen Erben wichtige Rechte, als Besitz und Gewähr, so wie Genuß der Erbschaft entziehe; daß er daher keineswegs ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und gegen ihn, so wie gegen die Verwerfung der Einsprache, somit Appellation zulässig sei.

Die hiegegen eingelegte Cassation wurde verworfen.

24. April 1844. Ottendorf.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs, über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro. 6. Karlsruhe, den 17. Juli. **1847.**

27.

Zeugenbeweis ist zulässig, um darzuthun, dass eine Urkunde, durch welche der in ihrem Besitze befindliche Schuldner die Erlassung der Schuld erbringen will, dem Gläubiger entwendet, oder auf betrügerische Weise entzogen worden sei.

C. c. Art. 1341, 1348. 1282.

Sirey 1845 I. S. 40. 41.

So erkannte der Cassationshof in der Sache Bondoumet c. Bardes.

18. November 1844.

28.

Verheimlichte und Hand-Geschenke sind von der Einwerfung frei, wenn aus den Umständen erhellt, dass dieses der Wille des Schenkers ist. *)

C. c. Art. 843.

Sirey 1845 I. S. 42—45.

Gazagnaire starb, und hinterließ fünf Kinder als gesetzliche Erben. Das älteste derselben, der Sohn Georg, hatte mit seinem Vater bis zu dessen Tode zusammengewohnt, und mehrfache Geschenke von ihm erhalten. Ohne eine bestimmte Einnahmequelle hatte sich sein Vermögen bedeutend vermehrt, während er doch zu gleicher Zeit namhafte Ausgaben zur Anschaffung von verschiedenen Gegenständen machte. Seine Geschwister behaupteten nun, daß sein Vermögen theils aus direkten, ihnen verheimlichten Geschenken des Vaters, theils aus dem indirekten Nutzen, welchen er aus der gemeinschaftlichen, von dem Vater bestrittenen Haushaltung gezogen habe, erwachsen sei, und verlangten die Einwerfung. Das Tribunal nahm die Behauptung der Geschwister für durch die Umstände erwiesen an, setzte die Vortheile, die der Beklagte von dem Vater gezogen, auf die Summe von 4000 Franken fest, und ordnete deren Einwerfung an. Hiegegen appellirte Georg Gazagnaire. Er behauptete vor dem königlichen Gerichtshofe von Aix, daß, wenn auch die Vortheile, die ihm sein Vater zugewendet, die Summe von 4000 Franken erreichten, er doch zur Einwerfung nicht verpflichtet sei, da aus allen Umständen erhelle, daß er diese Vortheile als einen nach dem Willen seines Vaters von der Einwerfung befreiten Voraus erhalten habe. — Diese Ausführung fand bei dem königlichen Gerichtshofe Eingang, welcher das Urtheil des Tribunals dahin abänderte, daß der Beklagte zur Einwerfung nicht verpflichtet sei. Die hiegegen eingelegte Cassation wurde verworfen, wobei der höchste Gerichtshof den Grundsatz aussprach, daß verheimlichte, und Handgeschenke ebensowenig, als verschleierte Schenkungen unbedingt von der Einwerfung befreit seien, vielmehr überall die aus den Umständen zu entnehmende Absicht des Schenkers über den Charakter der Schenkung entscheiden müsse.

12. August 1844.

29.

Eine von Tisch und Bett getrennte Ehefrau bedarf der ehemännlichen oder richterlichen Ermächtigung, um vor Gericht zu stehen, selbst dann, wenn sie der beklagte Theil ist.

C. c. Art. 215. 218.

Sirey 1845 I. S. 45—47.

Diese Entscheidung gab der Cassationshof auf den Grund des Art. 215 C. c., welcher allgemein vorschreibe, daß

*) Den gleichen Grundsatz hat der Cassationshof in mehreren Fällen, in welchen es sich um die Einwerfung verschleierter Schenkungen handelte, ausgesprochen. Vergl. Annalen 1845, Beiblatt Nr. 1, 1846, Beiblatt Nr. 2.

die dem Vermögen nach abgesonderte Ehefrau nicht ohne Ermächtigung des Mannes, oder wenn dieser sie verweigere, des Richters vor Gericht stehen könne; und zwar in allen Fällen, welcher Natur auch die in Frage stehende Klage sein möge, und ohne Unterschied, ob die Ehefrau Klägerin, oder Beklagte sei.

13. November 1844.

30.

Eine Handelsgesellschaft kann gültig über das Gesellschaftsvermögen verfügen, so namentlich auch Darlehen aufnehmen, und Unterpfand dafür bewilligen. — Wenn nach den Statuten der Gesellschaft eine Generalversammlung alle Gesellschafter vertritt, so binden deren Beschlüsse auch die bei der Versammlung nicht Anwesenden.

C. c. 1859, 1988.
Sirey 1845 I. S. 53—56.

Im Jahre 1834 bildete sich zu Bordeaux eine anonyme Gesellschaft zur Verfertigung von Maschinenpapier. Der Paragraph 33 der Statuten lautete: Die nach Vorschrift gegenwärtiger Statuten zusammengesetzte Generalversammlung repräsentirt die Aktionärs; ihre Beschlüsse sind bindend für alle. — Am 4. Februar 1839 ermächtigte eine Generalversammlung, welcher wie es die Statuten verlangten, die Mehrheit der Aktionäre beiwohnte, den Verwaltungsrath, ein Darlehen von 350,000 Frank. aufzunehmen, und dafür die Liegenschaften der Gesellschaft zu verpfänden. Eine spätere, auf gleiche Weise zusammengesetzte Generalversammlung ermächtigte den Verwaltungsrath, dieses Darlehen mit Dehans, Fourcade und Lopez-Diaz abzuschließen. Alle drei waren Aktionäre, und der Letztere Mitglied des Verwaltungsrathes; sie hatten sich jedoch enthalten, an den erwähnten Beschlüssen Theil zu nehmen. — Die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrathes schlossen das Darlehen ab. — Ein Mitglied der Gesellschaft focht den Vertrag als nichtig an,

1) weil nach Art. 1859 C. c. die Majorität der Gesellschafter die übrigen nur in Verwaltungsangelegenheiten durch ihre Beschlüsse binden könne, nicht aber dann, wenn es sich darum handle, das Gesellschaftsvermögen selbst anzugreifen. Dann sei Stimmeneinhelligkeit erforderlich. Die Aufnahme eines Darlehens, und die Gewährung eines Unterpfandes seien aber keine Verwaltungsmaßregeln. Dieß gehe aus den Art. 450, 457, und 1988, wornach zur Aufnahme eines Darlehens eine Specialvollmacht verlangt werde, unbestreitbar hervor.

2) weil man das Darlehen mit drei Aktionären, unter denen einer sogar Mitglied des Verwaltungsrathes sei, dem Grundsatze des Art. 1101 zuwider abgeschlossen habe, Niemand aber mit sich selbst Verträge schließen, die drei Aktionäre daher nicht zugleich als Darleiher und Anleiher auftreten könnten.

Das Handelsgericht, und der königl. Gerichtshof von Bordeaux wiesen die Klage zurück. Diesen Erkenntnissen trat der Cassationshof bei. — Gründe: Eine gesetzlich gebildete Handelsgesellschaft könne über ihr Fahrniß- und Liegenschaftsvermögen alle Eigenthumsrechte, namentlich auch die der Veräußerung und Verpfändung ausüben. — Die statutengemäß zusammengesetzten Generalversammlungen vom Jahre 1839 hätten nach den Statuten die ganze Gesellschaft vertreten, und ihre Beschlüsse ein Darlehen aufzunehmen, und ein Unterpfand zu bewilligen, seien daher, da sie nichts statutenwidriges enthielten, als Beschlüsse der ganzen Gesellschaft zu betrachten. Der Umstand aber, daß der Vertrag mit Mitgliedern der Gesellschaft abgeschlossen worden sei, thue seiner Rechtsbeständigkeit keinen Eintrag, da Art. 1852 es ausdrücklich gestatte, daß ein Gesellschafter auch in seiner Eigenschaft als Privatperson Rechte und Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft übernehme.

7. Mai 1844.

31.

Die Verwilligung eines Unterpfandes auf eine Liegenschaft, welche bereits zu gesetzlichem Unterpfande dient, ist, wenn der Schuldner dieses Umstandes nicht ausdrücklich erwähnt, keineswegs unbedingt als Hintergehung im Sinne des Art. 2136 C. c. anzusehen.

Sirey 1845 I. S. 77—80.

L. schuldete der N. mehrere Darlehen von hohem Betrage; und stellte ihr für die Darlehenssummen einen

Wechsel aus, den mehrere Personen als Bürgen unterzeichneten. Die Gläubigerin war hiemit nicht zufrieden, und verlangte von L. auf eine drohende Weise, daß er in von ihren Rathgebern vorgeschriebenen Ausdrücken ihr seine Liegenschaften verwillige, obschon ihr bekannt war, daß auf denselben ein gesetzliches Unterpfand zu Gunsten der Forderung der Ehefrau des Schuldners ruhe. Der in sehr bedrängter Lage sich befindende L. bewilligte das Verlangen seiner Gläubigerin, ohne des gesetzlichen, nicht eingetragenen Unterpfandes zu erwähnen. Als er nun später zahlungsunfähig wurde, so begehrte die N. die Verhängung des persönlichen Verhafts gegen ihn, weil er bei der Verpfändung seiner Liegenschaften des auf ihnen ruhenden gesetzlichen Unterpfandes nicht ausdrücklich erwähnt habe. — Das Tribunal und der königl. Gerichtshof von Montpellier wiesen die N. ab, weil das Gesetz nur dann eine Hintergehung annehme, wenn der Schuldner in bösem Glauben, in betrügerischer Absicht handle, und dem Gläubiger ein Schaden zugehe; in vorliegendem Falle aber die Gläubigerin von dem Bestehen des gesetzlichen Unterpfandes Kenntniß gehabt habe, für die Tilgung ihrer Forderung auf andere Weise gesichert gewesen sei, und überdieß der Schuldner in der bedrängten Lage, in welcher er sich befunden, sich nur ihrem gebieterischen Verlangen gefügt habe, als er ganz in derselben Weise, wie sie nach der Angabe ihrer Rathgeber es von ihm verlangt, das Unterpfand verwilligt habe.

Die N. trug nun vor dem Cassationshofe vor, daß Art. 2136 C. c. unbedingt, und unter Androhung der Strafen der Hintergehung von allen Vormündern und Ehemännern verlange, daß sie bei Verpfändung ihrer Liegenschaften, auf denen ein stillschweigendes, noch nicht eingetragenes Unterpfand ruhe, dieses Umstandes ausdrücklich erwähnen sollen; sonach schon die Unterlassung dieser Erklärung als eine Hintergehung anzusehen sei. — Der Cassationshof hielt dieß für richtig, und gab als Zweck dieser von dem Gesetze aufgestellten Vermuthung an, es sollten dadurch im allgemeinen Interesse der Offenkundigkeit der Unterpfänder die Ehemänner und Vormünder bestimmt werden, die auf ihren Liegenschaften ruhenden stillschweigenden Unterpfänder eintragen zu lassen. Allein nichts destoweniger wurde das Urtheil des königl. Gerichtshofes nicht kassirt, da dieser in weiser Würdigung der Verhältnisse mit Recht ausgesprochen habe, daß eine Hintergehung der Gläubigerin N. nicht vorhanden sei; denn an der vom Schuldner unterlassenen Erwähnung der Existenz des stillschweigenden Unterpfandes trage sie selbst Schuld, da sie demselben, obwohl von seinen Verhältnissen genau unterrichtet, die von ihm abzugebende Erklärung gebieterisch vorgeschrieben habe. *)

26. Juni 1844.

32.

Wer im Auftrage eines Andern, dessen Spielschuld bezahlt, kann den Ersatz seiner Auslagen von dem Gewaltgeber nicht fordern, wenigstens dann nicht, wenn er zu dem Spiele selbst mitgewirkt hat.

C. c. Art. 1965, 1067, 1999.
Sirey 1845 II. S. 35 — 37. I. S. 161 — 165.

Coste verkaufte als Commissionär des Cresp in den Monaten April, Mai, und Juni 1845 380 Faß Spiritus, den Hectolitre zu 45 Franks. Als Lieferungszeit waren die Monate November und Dezember 1843 und Januar 1844 bestimmt. Der Spiritus stieg auffallend im Preise, und Cresp beauftragte seinen Commissionär in den bestimmtesten Ausdrücken, die verkauften Quantitäten zurückzukaufen, und Zahlung zu leisten, damit weitere Verluste abgewendet würden. Coste bewerkstelligte den Rückkauf im November 1843, und zahlte die Differenz mit 57,000 Franks aus eigenen Mitteln. Nun weigerte sich Cresp seinem Commissinär diese Auslagen zu ersetzen, indem er behauptete, — was sich im Laufe des Rechtsstreites auch als wahr herausstellte, — daß die Verkäufe keineswegs in der Absicht geschlossen worden seien, den Spiritus zu liefern, sondern nur um zur

*) Die Kenntniß des Pfandgläubigers von der Existenz einer gesetzlichen Hypothek allein entschuldigt auch nach der Ansicht Zachariäs (Band II. §. 269. Note 61 die Unterlassung der ausdrücklichen Erwähnung dieses Umstandes nicht. — Nach *Devilleneuve* sind die französischen Schriftsteller alle derselben Ansicht: Persil, Regime hypoth. sur l'art. 2136, Nr. 4. *Duranton* t. 20, Nr. 45., *Troplong*, traité des hypothèques Nr. 633. Der Letztere führt bei Erwähnung dieser Strenge des Gesetzes gegen die Ehemänner und Vormünder an, daß ebenso wie die Eintragung des bedungenen, so auch die **ausdrückliche** Erklärung des Vorhandenseins eines stillschweigenden Unterpfandes nicht durch andere Vorgänge ersetzt werden könne. D.

Lieferungszeit die Differenz zu empfangen, beziehungsweise sie zu zahlen; daß somit nicht ein Verkauf, sondern vielmehr eine Wette auf Steigen und Fallen Gegenstand des Vertrags gewesen sei; es sich daher jetzt um die Zahlung einer Spielschuld handle. — Das Tribunal und der königliche Gerichtshof von Aix verurtheilten den Cresp zur Zahlung, indem sie von der Ansicht ausgingen, daß Letzterer dem Coste zwei Aufträge gegeben habe, den einen für ihn zu spielen, den andern für ihn Zahlung zu leisten; und daß wenn auch der erstere Vertrag nach Art. 1965 ungültig sei, dieß doch nicht von dem Letzteren behauptet werden könne, indem das Gesetz in Art. 1967 eine bereits geleistete Zahlung einer Spielschuld als rechtsgültig betrachte; daher auch derjenige, welcher im Auftrage eines Andern die Zahlung geleistet habe, befugt sein müsse, die Vergütung der Auslage zu verlangen.

Das Erkenntniß des königlichen Gerichtshofes wurde kassirt. Die Entscheidungsgründe lauten: Nach Ansicht der Art. 1965, 1967 C. c.; in Erwägung, daß das Gesetz keine Klage auf Zahlung einer Spielschuld gestattet, Wetten auf Steigen und Fallen der Waarenpreise aber als Spiele anzusehen sind. In Erwägung, daß, wenn die Klage, welche das Gesetz dem gewinnenden Spieler gegen den verlierenden verweigert, durch den Gewalthaber angestellt werden könnte, welcher bei den Geschäften, oder Spielen, von denen das Gesetz abmahnt, den Zwischenhändler macht, oder wenn der Gewalthaber unter dem Vorwande, daß er die Spielschuld aus eigenen Mitteln zur Entlastung seines Gewaltgebers gezahlt habe, zur Klage auf Ersatz seiner Auslagen zugelassen würde, das gesetzliche Verbot immer umgangen werden könnte. — In Erwägung, daß Coste bei den Operationen des Cresp den Unterhändler gemacht, und daß er selbst persönlich dabei betheiligt war; daß in Folge dessen der nachfolgende Auftrag zur Zahlung an denselben Gebrechen leidet, wie der erste, daß hier auch nicht Art. 1967 in Berücksichtigung kommt, da die vorliegende Klage als eine solche gegen den verlierenden Spieler auf Zahlung der Spielschuld anzusehen ist; — aus diesen Gründen kassirt der höchste Gerichtshof. *)

26. Februar 1845.

---

*) *Devilleneuve* unterscheidet unter Berufung auf *Troplong*, sur les contrats aléatoires Nr. 66, 68, 71—74, ob der Auftrag die Spielschuld zu zahlen, ein gesonderter ist, oder ob er mit dem Auftrage zu spielen zusammenfällt. Im ersten Falle läßt er eine Klage gegen den Gewalthaber zu, selbst dann wenn der Gewalthaber gewußt hat, daß die zu zahlende Schuld eine Spielschuld sei, weil die Zahlung einer solchen Schuld von der Moral und der Ehre geboten, und von dem Gesetze in Art. 1967 erlaubt sei. Wenn aber der Auftrag zur Zahlung zugleich mit dem Auftrage zum Spiele gegeben werde, so falle er mit dem Auftrage zur Betreibung eines verbotenen Geschäftes zusammen, und sei daher gleich diesem nichtig. — Mir scheint die Klage des Gewalthabers auf Ersatz seiner Auslagen auch im letzteren Falle begründet zu sein; wenn er nur bei dem Gewinne, der bezahlt werden soll, nicht betheiligt ist. Denn nur die Klage auf Zahlung der Spielschuld ist nicht gestattet, die Zahlung selbst aber nicht verboten; ist aber das Geschäft, wozu Jemand beauftragt wird, nicht verboten, so kann es auch der Auftrag nicht sein. D.

33.

Die in Art. 1792 C. c. ausgesprochene Verantwortlichkeit der Baumeister erstreckt sich nur auf den Fall, wenn sie ein Werk im Ganzen in Bau genommen, nicht aber wenn die Ausführung des Baues, wenn gleich derselbe nach einem von ihnen gefertigten Plane, theilweise an einzelne Unternehmer vergeben worden ist, sollten sie auch die Ueberwachung der Arbeiten zugesagt haben.

Sirey 1845 I. S. 180—183.

So erkannte der Cassationshof in Uebereinstimmung mit dem königlichen Gerichtshof von Paris, als eine zu St. Germain erbaute Kirche, zu welcher die Baumeister Malpièce und Moutier die Pläne gefertigt hatten, wenige Jahre nach ihrer Erbauung den Einsturz drohte. Nach dem Gutachten Sachverständiger lag die Ursache hievon in der schlechten Beschaffenheit des Holzes. *)

12. November 1844.

---

*) Daß die Baumeister die ihnen obliegende Ueberwachung vernachlässigt hätten, war nicht behauptet; sonst würden sie nach Art. 1382, 1383 zum Schadensersatze verpflichtet gewesen sein. — Würde aber der Einsturz des Gebäudes eine Folge des fehlerhaften Planes sein, so würden nach Art. 1792 die Baumeister die Ersatzpflicht auf sich haben. So hat der Cassationshof i. J. 1817. *Sirey* neue Folge VI. S. 386 erkannt; und dieser Entscheidung treten auch bei: *Troplong*, du louage II. Nr. 1002, *Duvergier* cod. II. Nr. 354. Aus der Note *Devilleneuves*. D.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro. 7. Karlsruhe, den 24. Juli. **1847.**

34.

Man kann im Voraus bedingen, dass Zinsen, wenn sie ein Jahr rückständig bleiben, wieder Zinsen tragen sollen.

Die Schenkung einer Summe Geldes unter Lebenden, wobei bedungen ist, dass der Beschenkte sie erst gegen die Erben des Schenkers einklagen, und auch nicht während dessen Lebzeiten durch ein Unterpfand sichern dürfe, ist gültig.

C. c. Art. 1154, 894, 938.
Sirey 1845 I. S. 97—103. 1839 II. S. 497—499.

De St. Albin lieh im Jahr 1811 seiner Schwägerin, der Ehefrau de Lombriasque, 30,000 Frcs. Bis zum Jahre 1820 waren keine Zinsen bezahlt worden. Beide Theile trafen nun folgendes Uebereinkommen: Hauptstock und Zinsen sollten vom 1. Jauuar 1823 an ein neues zu 5% verzinsliches Kapital von 50,000 Franks bilden, de Lombriasque sollte jährlich 1000 Franks an den Zinsen zahlen, der Rest des Jahreszinses aber jeweils nach Ablauf eines Jahres zum Kapitale geschlagen, und ebenfalls zinstragend werden, die Heimzahlung der ganzen Summe endlich erst nach dem Tode des Ehemanns de Lombriasque geschehen. De Lombriasque zahlte indessen auch die jährlich zu entrichtenden 1000 Franks nicht, und ebenso wenig erfüllte de Gras-Preville, der zweite Ehemann der de Lombriasque, diese Verbindlichkeit. — Im Jahre 1831 verheirathete sich der Sohn St. Albin in Paris. Die in Montpellier wohnenden Eheleute de Gras-Preville bevollmächtigten den Baron de Souville „in ihrem Namen bei dem Heirathsvertrage des St. Albin mitzuwirken, und ihm zu Gunsten seiner Ehe 50,000 Franks zu schenken, nämlich 40,000 Franks als Gabe der Ehefrau, und 10,000 Franks, als solche des Ehemanns de Gras-Preville; die geschenkten Summen sollten jedoch erst nach dem Tode des Schenkers und der Schenkerin zahlbar, weder verzinslich noch durch ein Unterpfand gesichert, und endlich der Heimfall vorbehalten sein, wenn der Beschenkte und seine Nachkommenschaft vor den Schenkern stürbe.“ Als de Souville nach Paris kam, war die Hochzeit bereits vollzogen. Um sich seines Auftrages zu entledigen, ließ er am 11. 1835 genau nach den Worten seiner Vollmacht im Namen der de Gras-Preville'schen Eheleute die Schenkung, als eine solche unter Lebenden, wornach die 50,000 Franks von diesem Tage an unwiderrufliches Eigenthum des St. Albin sein sollten, in einer öffentlichen Urkunde niederlegen. — Im Jahre 1834 starb die Ehefrau de Gras-Preville, und bald darauf verlangte St. Albin von dem Wittwer und Testamentserben derselben die Rückzahlung des Darlehens, das gemäß der Uebereinkunft vom Jahre 1820 durch Kapitalisirung der rückständigen Zinsen die Summe von 92,002 Franks erreicht hatte, und 40,000 Franks, als den Antheil der Verstorbenen an der Schenkung vom 11. Juli 1831. Diese Gesuche bestritt de Gras-Preville.

1) In Beziehung auf den Vertrag vom Jahr 1820 erkannte er nur ein Kapital von 30,000 Franks an, indem er behauptete, daß ein Vertrag, in welchem zum Voraus bedungen werde, daß ein Jahr lang rückständige Zinsen ebenfalls zinstragend werden sollten, sowohl nach dem Wortlaute, als nach dem Geiste des Art. 1154 C. c. ungültig sei; nach dem Wortlaute, weil das Gesetz, wenn es ein solches Geding hätte zulassen wollen, nicht hätte

sagen dürfen: „intérêts échus", sondern „à échoir" *) — nach dem Geiste, weil durch die Zulassung eines solchen Vertrags Uebervortheilungen des Schuldners, welcher zum Voraus nicht berechnen könne, wozu er sich verpflichte — und wucherlichen Bestrebungen, welchen gerade das Gesetz habe vorbeugen wollen, Eingang verschafft werde. In gleichem Sinne sei Art. 1154 bei den Diskussionen im Staatsrathe aufgefaßt worden. (Locré XII. p. 147). Ueberdieß enthalte ein solches Geding einen Verzicht auf künftige Verjährungen, und verstoße daher gegen den Art. 2220 C. c. — Hinsichtlich der Zinsen aus 30,000 Fr. wurde die Verjährung aus Art. 2277 vorgeschützt.

2) Baron de Souville habe seinen Auftrag überschritten, indem er bevollmächtigt gewesen sei, in dem Heirathsvertrage zu schenken, was alsdann nach Art. 1083 und folg. als eine Schenkung auf den Todesfall zu betrachten gewesen wäre, nicht aber in gesondertem Akte eine Schenkung unter Lebenden zu errichten.

3) Die Schenkung entspreche nicht dem Art. 894, und sei daher wirkungslos; sie verstoße überdieß gegen die Art. 943, 944 und 946 C. c. Denn die Schenkung einer Summe Geldes, welche erst gegen die Erben des Schenkers geltend gemacht, und welche durch kein Unterpfand gesichert werden dürfe, enthalte keine freigebige Verfügung über gegenwärtiges Vermögen, und schließe eine Potestativbedingung in sich, es sei dadurch nichts weiter verfügt, als: der Beschenkte dürfe, wenn der Schenker während seines Lebens über die Summe Geldes nicht anderweit verfüge, sie aus dem Vermögen seiner Erben eintreiben. Eine solche Verfügung enthalte aber in der That keine wirkliche Begebung zum Vortheil des Beschenkten.

Das Tribunal von Montpellier trat hinsichtlich der Darlehensklage und der Zinsenforderung der Ansicht des Beklagten bei, verurtheilte ihn aber zur Zahlung der 40,000 Franks aus der Schenkung vom 11. Juli 1831. Allein der königl. Gerichtshof daselbst, dessen Urtheil der Cassationshof aufrechthielt, erkannte nach dem kläger'schen Antrage, und verwarf die Einreden des Beklagten. — Gründe hiefür

zu 1) Nach den Worten des Art. 1154 C. c. sei es gestattet zu bedingen, daß Zinsen, welche ein Jahr lang verfallen seien, und nicht heimgezahlt würden, kapitalisirt werden sollten. Ein solches Geding enthalte keinen Verzicht auf die Verjährung des Art. 2277, welche nur für solche Zinsen, welche der Gläubiger fünf Jahre lang einzutreiben vernachlässigt habe, gegeben sei; es schließe vielmehr ein Uebereinkommen über eine zukünftige Sache in sich, und dieß sei nach Art. 1130 erlaubt; *)

zu 2) De Souville habe die ihm ertheilte Vollmacht nicht überschritten; denn indem er nach der Vorschrift der de Preville'schen Eheleute, wenn gleich in gesondertem Akte, die Schenkung errichtet habe, habe er in allen wesentlichen Punkten nach der Absicht seiner Vollmachtgeber gehandelt;

zu 3) Der Akt vom 11. Juli 1831 enthalte eine gültige Schenkung unter Lebenden. Die Schenker haben sich durch die darin enthaltene Erklärung, der Beschenkte solle sogleich Eigenthümer der fraglichen Summe Geldes werden, der geschenkten Sache wirklich und unwiderruflich begeben; dieß zeige am Besten der Vorbehalt des Heimfalls. Die Schenkung habe auch nicht eine zukünftige, oder fremde Sache zum Gegenstande; denn dadurch, daß der Beschenkte Eigenthümer des Geldes geworden, sei der Nachlaß der Schenker zur Zahlung verpflichtet, und nicht deren Erbe verbunden eine ihm gehörige Sache dem Geschenknehmer zu geben. Die Schenkung enthalte ferner nicht einen Vorbehalt, wornach der Schenker den Gegenstand der freigebigen Verfügung anderweit vergeben könne, noch eine Bedingung, an deren Eintreffen die Hingabe geknüpft sei; nur die Zahlung sei auf einen bestimmten Zeitpunkt festgesetzt; und der Umstand, daß die Sicherung der Schenkung durch einen Pfandeintrag nicht gewährt worden sei, habe auf das Bestehen der Verfügung selbst, keinen Einfluß, da der Pfandvertrag stets nur eine Zugehörde des Hauptvertrags sei, mithin an dem Charakter derselben nichts ändern könne.

11. Dezember 1844.

*) Der Ausdruck des Landrechts „Zinsrückstand" in Vergleichung mit dem Ausdrucke in Landrechtsatz 1155 „verfallene Einkünfte" (les revenus échus) bietet dieselben Zweifel dar.
D.

*) Der gleichen Ansicht huldigen *Toullier*, t. VI. Nr. 271. *Delvincourt* II. S. 536. *Duranton* t. X. 499. *Rolland de Villargues*, Repertoire unter Intérêts Nr. 103. Siehe hierüber die Note *Devilleneuves*. Auf dieselbe Weise scheint Zachariä den Art. 1154 aufzufassen. (Band II. §. 308. Anmerk. 31). Im entgegengesetzten Sinne hat der königl. Gerichtshof von Nimes entschieden. (*Thilo* Nr. 7 zu Art. 1154).
D.

35.

Wenn der Nutzniesser den Gegenstand der Nutzniessung missbraucht, so kann ihm der Richter die Art des Gebrauchs vorschreiben, und ihm, selbst wenn er von der Stellung einer Kaution befreit ist, Sicherheitsleistung auferlegen.

C. c. Art. 601, 618.
Sirey 1845 I. S. 129—132.

Die Ehefrau Burger hatte ihrem Manne an ihrem gesammten Vermögen die Nutznießung und zwar mit Befreiung von der Sicherheitsleistung vermacht. — Nicht lange nach dem Tode der Erblasserin beseitigte der Wittwer Nutznießungsgegenstände, und erhob durch Unterpfand gesicherte Darlehen, welche er auf seinen Namen anlegte. Die gesetzlichen Erben faßten den Verdacht, daß dieß Burger thue, um die Kapitalien einem von ihm anerkannten natürlichen Kinde zuzuwenden; sie belangten ihn daher, um die Nutznießung wegen Mißbrauchs für erloschen erklären zu lassen. Diesem Klagegesuche wurde zwar nicht statt gegeben, es ordnete aber der königliche Gerichtshof von Nancy an, daß Burger die eingezogenen Kapitalien binnen Monatsfrist herauszahle, daß solche nach vorgängiger Vernehmung der Erben seiner Ehefrau unterpfändlich angelegt werden, und der Nutznießer Kaution leisten solle. Die gegen dieses Erkenntniß ergriffene Cassation wurde verworfen. In den hiezu gegebenen Entscheidungsgründen ist ausgeführt: wenn der Richter Grund finde, die Nutznießung wegen Mißbrauchs für erloschen zu erklären, so könne er statt dessen auch solche Maßregeln ergreifen, wodurch die Eigenthümer gegen weiteren Mißbrauch gesichert würden; und zu diesem Zwecke dürfe er nicht nur die Art der Nutznießung vorschreiben, sondern auch den Nutznießer zur Kautionsstellung selbst dann anhalten, wenn dieser durch den Titel der Nutznießung davon befreit sei.
21. Januar 1845.

36.

Ist die Bestellung einer Ehesteuer ein unentgeltlicher, oder ein belasteter Vertrag?

I. Die Bestellung einer Ehesteuer ist ein Freigebigkeitsakt. — Zur Anfechtung desselben durch die Gläubiger genügt die Nachweisung, daß der die Ehesteuer Bestellende in bösem Glauben gehandelt habe. — Eine falsche Angabe des Bräutigams über sein eigenes Beibringen begründet die Annahme, daß auch er bei Bestellung der Ehesteuer in bösem Glauben gewesen sei.

C. c. Art. 1105, 1106, 1167, 1540, 1547.
Sirey 1845 I. S. 152—155.

Coiquaud ehelichte die Clementine Blaize. Im Ehevertrage gab er sein Beibringen auf 100,000 Frank. an; die Eltern der Braut setzten derselben eine Ehesteuer von 80,000 Franken aus. Bald darauf gerieth Blaize, der Schwiegervater Coiquaud's in Gant. Der Letztere liquidirte die Hälfte der Ehesteuer mit 40,000 Franks. Die Syndic's widersetzten sich dieser Forderung, da die Ehesteuer zum Abbruche der Rechte der Gläubiger bestellt worden sei. Im Laufe der Verhandlungen gestand Coiquaud auch zu, daß er über sein Beibringen im Ehevertrage eine falsche Angabe gemacht habe. — Das Tribunal von St. Malo, und der königliche Gerichtshof von Rennes wiesen den Coiquaud ab, da Blaize bei Bestellung der Ehesteuer die schon damals vorhandene gänzliche Zerrüttung seines Vermögensstandes sehr gut gekannt, und wohl gewußt habe, daß er nicht im Stande sei, die Ehesteuer zu zahlen, er dieselbe nur daher bestellt haben könne, um hiedurch die Trümmer seines Vermögens seinen Gläubigern in der bevorstehenden Gant zu entziehen. — Es führte der königliche Gerichtshof weiter aus: Bei der Anfechtung eines Rechtsgeschäftes auf den Grund des Art. 1167 müsse man unterscheiden, ob dieß ein belasteter, oder ein Freigebigkeitsvertrag sei. Zur Anfechtung eines unentgeltlichen Vertrages sei nur die Nachweisung der betrügerischen Absicht des Verfügenden, zu der eines belasteten dagegen der Beweis der bösen Absicht beider Theile erforderlich. Die Bestellung einer Ehesteuer aber sei eine freigebige Verfügung. Dieß gehe daraus hervor, daß den Eltern keine Pflicht obliege, ihren Kindern eine solche zu gewähren. Die natürliche Verbindlichkeit dieses zu thun, könne nur dann in Betracht kommen, wenn die Ehesteuer bereits bezahlt worden, was hier nicht der Fall sei; sie werde überdieß von der

stärkeren Verpflichtung, die Gläubiger zu befriedigen überwogen. Insbesondere werde der Bestellung einer Ehesteuer dem Kinde gegenüber der Charakter einer Freigebigkeit beigelegt, durch die Vorschriften über die Einwerfung Art. 843, die Minderung, Art. 1090, und den Widerruf, Art. 953, 959, 1081, namentlich aber durch die Ueberschrift des achten Kapitels im zweiten Titel des dritten Buches. — Die Annahme aber, daß die Bestellung einer Ehesteuer dem Manne gegenüber als ein belasteter Vertrag erscheine, sei in nichts begründet; denn dadurch, daß nach Artikel 1540 dem Manne die Ehesteuer zugebracht werde, damit er aus deren Erträgnissen die Lasten der Ehe bestreite, werde dem Manne keine Verpflichtung aufgelegt, die nicht schon nach den Art. 203, 214 auf ihm ruhen. Ebenso wenig verleihe die nach Art. 1440 und 1547 den Bestellern einer Ehesteuer obliegende Verbindlichkeit, für sie Gewähr zu leisten, diesem Vertrage den Charakter eines belasteten. Ein solcher sei nach Art. 1106 nur derjenige, wobei jeder Theil etwas geben, oder thun müsse. — Man könne auch nicht behaupten, daß die der Braut ausgesetzte Ehesteuer ihr entsprechende Vortheile von Seiten des Mannes hervorgerufen habe, da das im Ehevertrage angegebene Beibringen Coiquaud's simulirt gewesen sei. — — Vor dem Cassationshofe suchte nun Coiquaud zu zeigen, daß die falsche Angabe über sein Beibringen mit der Bestellung der Ehesteuer nicht zusammengehängt habe; und daß die letztere auch nicht von den Gläubigern als zu ihrem Nachtheile geschehen angefochten werden könne, da er ohne nähere Kenntniß über den Vermögensstand seines Schwiegervaters mithin in gutem Glauben gewesen sei, wenn auch Blaize nicht in solchem gehandelt haben sollte, und die Bestellung einer Ehesteuer keineswegs ein rein freigebiger Akt sei; denn ihr entspreche die Verpflichtung des Mannes, deren Erträgnisse ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden.

Der Cassationshof erklärte, wenn der königliche Gerichtshof in dem Umstande, daß das Beibringen Coiquaud's simulirt gewesen sei, und derselbe nichts beigebracht habe, während ihm eine bedeutende Ehesteuer ausgesetzt worden sei, die Annahme begründet gefunden habe, daß er in bösem Glauben gehandelt, und wenn er in der Bestellung einer Ehesteuer einen Akt reiner, den Vortheil der Tochter und des Schwiegersohns bezweckenden Freigebigkeit welche die Gläubiger des Blaize zum Widerrufe derselben berechtige, erblickt habe, so sei hiedurch kein Gesetz verletzt.

6. Juni 1844.

II. Die Bestellung einer Ehesteuer ist einem belasteten Vertrage gleich zu achten.

Sirey 1845 II. S. 129 — 133.

Der Notär Langlois stand in dem Rufe großen Reichthums, während seine Verhältnisse gänzlich zerrüttet waren. Bei der Verheirathung seiner Tochter an Brune setzte er ihr eine Ehesteuer im Betrage von 289,000 Frks. aus. Bald darauf kam eine ungeheure Ueberschuldung des Langlois zu Tage. Seine Gläubiger fochten nun die Bestellung der Ehesteuer auf den Grund des Artikel 1167 C. c. an, und das Tribunal von Chartres erkannte der Klagbitte gemäß, weil es in der Bestellung einer Ehesteuer einen Akt reiner Freigebigkeit sah, und deßhalb die Nachweisung des bösen Glaubens der Tochter oder des Schwiegersons — worauf indessen auch keine Spur hindeutete, — zur Begründung der Anfechtungsklage nicht erforderte. Gegen dieses Erkenntniß appellirte die Ehefrau Brune. Sie behauptete, daß wenn die Bestellung einer Ehesteuer auch nicht durchaus ein belasteter Vertrag sei, sie doch als ein aus belastetem und unentgeltlichem Vertrage gemischtes Uebereinkommen angesehen werden müsse. Zur Begründung dieser Ansicht führte sie aus, daß die Schenkungen zu Gunsten einer Ehe, und namentlich die Bestellung einer Ehesteuer den wesentlichsten Einfluß auf das Zustandekommen der Ehe selbst ausübe; und verwies auf die Art. 1440, 1540, 1547 und namentlich auf Art. 959 C. c., nach welchem eine Schenkung zu Gunsten einer Ehe wegen Undanks nicht widerrufen werden könne.

Der königliche Gerichtshof von Paris änderte das Erkenntniß erster Instanz ab, indem er die Gläubiger des Langlois zurückwies. Die Gründe lauten: „die Bestellung einer Ehesteuer sei kein reiner Freigebigkeitsakt; sie habe vielmehr den Charakter und die Wirkungen eines belasteten Vertrags, weil die Setzung der Ehesteuer die Bedingung, in sich schließe, daß ihre Erträgnisse zu den Lasten der im Vertrauen auf ihr Dasein abgeschlossenen Ehe, namentlich für die Bedürfnisse, und die Erziehung der Kinder verwendet werden.“ *)

31. Januar 1845.

---

*) In gleicher Weise, wie der königliche Gerichtshof von Paris sprechen sich aus: *Merlin*, report. unter Dol. §. 15. Nr. 4. *Toullier* XIV. Nr. 90. *Chardon*, du dol et de la fraude II. Nr. 238; und ebenso haben die Gerichtshöfe von Rouen und Bastia entschieden. (*Sirey* 1830 II. S. 148, 1838 II. S. 527). Als einen reinen Freigebigkeitsakt sieht dagegen *Duranton*, Cour de droit X. Nr. 579 die Bestellung einer Ehesteuer an, und in diesem Sinne haben die Gerichtshöfe von Montpellier, Bordeaux und Grenoble erkannt. (*Sirey* 1842 II. 518). — Die Frage: ob im Ehevertrage enthaltene Schenkungen der Ehegatten unter sich der Anfechtung auf den Grund des Art. 1167 unterworfen sind, wenn der Beschenkte in gutem Glauben war, ist bejaht durch Urtheile des königlichen Gerichtshofes zu Paris, und den Cassationshof. *Sirey* 1828 I. 279, 1830 II. S. 16, 1843 I. S. 114 — Note *Devilleneuves*. — Vgl. Beiblatt der Annalen 1844. Nr. 5. D.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs, über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro. 8. Karlsruhe, den 31. Juli. **1847.**

37.

Dadurch dass Jemand das Aktivvermögen eines Andern erwirbt, wird er zur Schuldenzahlung nicht verpflichtet.

C. c. Art. 870.
Sirey 1845 I. S. 190, 191.

Dieß hat der königliche Gerichtshof von Rouen und der Cassationshof insbesondere aus dem Grunde, weil mit Ausnahme des Art. 870 kein Gesetz blos an den Uebergang, oder an den Besitz eines Aktivvermögens die Verbindlichkeit zur Schuldenzahlung, und nach Artikel 1220, 2 noch vielweniger die solidarische Haftbarkeit knüpfe, jede Verbindlichkeit nach Art. 1315 bewiesen werden müsse, in folgendem Falle ausgesprochen: Delasseur erkaufte das Aktivfahrnißvermögen der Gesellschaft Marchais et Comp. Nun verlangten deren Gläubiger ihre Befriedigung von Delasseur, ohne einen besonderen Verpflichtungsgrund namhaft zu machen, und das Handelsgericht von Rouen verurtheilte ihn auch wirklich zur Zahlung der Gesellschaftsschulden, und zwar unter sammtverbindlicher Haftbarkeit mit der Schuldnerin.

18. Dezember 1844.

38.

Die Verheimlichung von zur Gemeinschaft gehörigen Stücken durch einen Ehegatten ist nicht ein Vergehen, welches durch Entziehung seines Antheils an diesen Stücken „bestraft" wird, sondern eine zur Entschädigung verpflichtende Handlung, deren Wirkungen also auch die Erben tragen müssen. *) — Die Entziehung erstreckt sich nicht allein auf den Antheil, welchen der Ehegatte auf den Grund seines Gemeinschaftsrechts ansprechen kann, sondern auch auf alle Vortheile, welche ihm aus einer Freigebigkeit des andern Ehegatten erwachsen sind.

C. c. Art. 1477.
Sirey 1843 II. S. 331, 332. 1845. I. S. 191, 192.

So erkannte der königliche Gerichtshof von Paris, als der Wittwer Bonton die ihm von seiner Frau gemachten Geschenke deren Erben verheimlicht hatte. Der Cassationshof trat diesem Erkenntnisse bei, und zwar aus folgenden Gründen:

Die im Art. 1477 C. c. erwähnte Verheimlichung begründe keine eigentliche Anklage auf Bestrafung, sondern nur eine reine Civilklage auf Ersatz des direkt oder indirekt durch die Verheimlichung verursachten Schadens. Das Maas der Entschädigung habe der Gesetzgeber durch die Bestimmung, daß der Ehegatte, welcher sich eine solche Verheimlichung zu Schulden kommen lasse, seinen Antheil an den verheimlichten Stücken verlieren solle, festgesetzt. Eine solche Ersatzpflicht gehe aber auf die Erben des schuldigen Ehegatten über, da sie die Verbindlichkeiten ihres Erblassers zu erfüllen hätten. — Auch sei die Bestimmung des Art. 1477 allgemein und unbedingt: sie erstrecke sich auf alle Rechte, welche ein Ehegatte an den verheimlichten Gegenständen haben könne, sei es nun, daß sie ihm als unmittelbare Folge eines Gesetzes zukommen, oder durch Schenkung oder letzten Willen ihm erwachsen seien.

4. Dezember 1844.

---

*) Vom Cassationshofe zum erstenmale entschieden. D.

39.

Wenn Gesellschafter ihren Geschäftsführer beauftragen, Darlehen aufzunehmen, und dafür auf den Namen der Gesellschaft eigene Wechsel auszustellen, so sind sie sammtverbindlich zur Zahlung verpflichtet.

C. comm. Art. 140, 187.
Sirey 1845 I. S. 209—212.

Zur Ausbeutung der Minen von Gémouval hatte sich eine Gesellschaft gebildet, deren Kapital in 600 Aktien getheilt war. Nach den Statuten sollte das Gesellschaftsvermögen nicht angegriffen, auch kein Darlehen aufgenommen werden dürfen. Zur Betreibung des Geschäfts wurden bald weitere Geldmittel nothwendig. Man berief daher eine Generalversammlung, in welcher die Inhaber von nur 488 Aktien erschienen. Diese ermächtigten einstimmig den Geschäftsführer, ein Darlehen von 300,000 Franks aufzunehmen, und nach den von den Darleihern gestellten Bedingungen dafür auf den Namen der Gesellschaft ausgestellte eigene Wechsel zu unterzeichnen. Dieß geschah und die Darlehen wurden ausgezahlt. Nicht lange nachher löste sich die Gesellschaft auf, und nun belangten die Darleiher die bei der Generalversammlung Erschienenen auf Zahlung des Darlehens unter sammtverbindlicher Haftbarkeit. Allein diese entgegneten, daß sie durch die Aufnahme des Darlehens nur die Geschäfte der Gesellschaft besorgt, sie daher nicht allein, sondern sämmtliche Gesellschafter zur Zahlung verpflichtet seien; eventuell widersprachen sie die Pflicht zur sammtverbindlichen Haftung, indem sie eine Sammtverbindlichkeit nicht übernommen hätten, und eine solche nicht vermuthet werde. Das Tribunal ging zwar auf die Vertheidigung der Beklagten ein; allein der königliche Gerichtshof von Dijon, dessen Urtheil der Cassationshof aufrecht hielt, erkannte nach dem Suchen der Kläger. Die Begründung des Erkenntnisses geht dahin: In den Gesellschaftsstatuten sei die Aufnahme von Darlehen ausdrücklich untersagt gewesen; diese Bestimmung hätte nur mit Uebereinstimmung aller Aktieninhaber abgeändert werden können; die Aufnahme des Darlehens sei daher auch nicht als eine Verwaltungsmaßregel anzusehen, welche nach Art. 1859, 1. C. c. allen Gesellschaftern freigestanden habe, und welche die übrigen Gesellschafter verpflichte. — Nach Art. 140 in Verbindung mit Art. 187. C. comm. seien alle Unterzeichner eigener Wechsel deren Inhabern zur Gewährleistung sammtverbindlich verpflichtet; und nach Art. 1998 C. c. sei der Gewaltgeber schuldig, die Verbindlichkeiten zu erfüllen, welche der Gewalthaber für ihn abgeschlossen habe. Damit aber, daß die in der Generalversammlung erschienenen Aktieninhaber ihren Geschäftsführer beauftragt hätten, auf den Namen der Gesellschaft eigene Wechsel auszustellen, hätten sie ihre Einwilligung ausgesprochen, jenen gleichgeachtet zu werden, welche gemeinschaftlich eigene Wechsel unterzeichnen. Sie seien daher gleich jenen zur Sammtverbindlichkeit verpflichtet.

22. August 1844.

40.

Die Unterbrechung der zehnjährigen Erzitzung hindert nicht die Ersitzung in weiteren zehn Jahren vom Zeitpunkte der Unterbrechung an gerechnet, da der gute Glaube nicht beim Besitz, sondern nur beim Erwerb nothwendig ist. *)

C. c. Art. 2244, 2265, 2269. (2269 a.)
Sirey 1845 I. S. 241—244.

Im Juni 1824 kaufte Nartus von den Eheleuten Castel-Longa die Mühle von Castel als „frank und frei von allen Schulden, Lasten und Unterpfändern."

Im Jahre 1829 wies die königl. Domänenverwaltung nach, daß diese Mühle Eigenthum des Staats, und im Jahre 1609 den Rechtsvorfahrern der Castel-Longa'schen Eheleuten verpfändet worden sei. Sie ließ daher, gestützt auf ein Gesetz vom 14. Ventôse des J. VII. den Nartus auffordern, ein Viertheil des Werthes zu zahlen, oder von der Mühle abzutreten. Dieser Aufforderung wurde keine Folge gegeben, und erst im Jahr 1840 machte die Verwaltung ihre Ansprüche wiederholt geltend. Nartus schützte sich nun mit der Einrede, daß er redlicher Weise, und mit gesetzmäßiger Eigenthumsurkunde im J. 1824

---

*) Zum erstenmale vom Cassationshofe entschieden. — Auch Zachariä scheint dieser Ansicht zu sein. I. §. 213. S. 481.

D.

die Mühle erworben, das Eigenthum daher gegen den Staat ersessen habe. Die Verwaltung aber behauptete, daß durch die Aufforderung im Jahre 1829 die Ersitzung unterbrochen worden sei, Nartus sich somit nicht mehr auf die zehn-, sondern nur etwa auf die dreißigjährige Ersitzung — wenn diese vollendet wäre — stützen könne, da er durch diesen Vorgang den Ursprung und die Beschaffenheit der fraglichen Liegenschaft kennen gelernt habe, und dadurch in bösen Glauben versetzt worden sei. Diese Replik wurde in allen Instanzen verworfen, und zwar aus folgenden Gründen: zur zehnjährigen Verjährung werde nach Art. 2265, 2269 gesetzmäßiger Eigenthumstitel und guter Glaube bei dem Erwerbe der Liegenschaft gefordert; ein später hinzugetretener böser Glaube sei kein Hinderungsgrund der Ersitzung. Die Unterbrechung der Ersitzung sei ein dem Erwerbe der Liegenschaft nachfolgender Akt; sie könne daher die Art und Weise des Erwerbs nicht ändern; somit auch dem in gutem Glauben geschehenen Erwerbe diesen Charakter nicht nehmen. Ein mit den Erfordernissen des Art. 2265 ausgestatteter Erwerb dürfe daher, einer in Mitte getretenen Unterbrechung ungeachtet, einer neuen vom Tage der Unterbrechung an gerechneten zehnjährigen Ersitzung zur Grundlage dienen.

2. April 1845.

41.

Ein wegen Gemüthsschwäche Entmündigter ist nicht unbedingt unfähig in lichten Zwischenräumen eine Ehe einzugehen. *)

Die Seitenverwandte eines Entmündigten haben nicht das Recht, eine von diesem während der Entmündigung abgeschlossene Ehe anzufechten, ausser in den im Art. 184 C. c. vorgesehenen Fällen.

Die Anerkennung eines natürlichen Kindes durch eine später entmündigte Person ist, wenn die Ursache der Entmündigung auch notorisch vorhanden war, doch gültig, sobald die Anerkennung als eine freie Handlung des später Entmündigten erscheint.

C. c. Art. 146, 174, 184, 187, 502, 503.
Sirey 1845 I. S. 246—254.

Am 21. Oktober 1832 verabredete Franz Delaunay mit Marie Luise Millet einen Heirathsvertrag. Der Vater Delaunay's verweigerte jedoch nicht nur seine Zustimmung, sondern trug auch auf die Entmündigung seines Sohnes an. Am 14. Februar 1834 gebar die Millet ein Mädchen, welches Franz Delaunay als seine natürliche Tochter anerkannte; und wenige Wochen darauf am 17. März wurde er wegen Gemüthsschwäche und Blödsinns (pour cause d'imbécillité et démence) entmündigt. Ein Antrag auf Nichtigerklärung der Anerkennung des natürlichen Kindes Ambroisine Millet wurde nicht gestellt. — Auch nach dem i. J. 1838 erfolgten Tode seines Vaters beharrte Franz Delaunay auf seinem Vorsatze die Millet zu heirathen. Der Kronanwalt ertheilte ein günstiges Gutachten; die Mutter Delaunays gab ihre Zustimmung, und der Familienrath zu wiederholten Malen seine ausdrückliche Ermächtigung zu dieser Heirath. Nur die Schwester Delaunays, die Ehefrau des Sillac-Delormais erhob auf den Grund des Art. 1742. C. c. dagegen Einsprache; welche aber von den Gerichten verworfen wurde. Sie legte keine Appellation gegen dieses Erkenntniß ein, welches somit rechtskräftig wurde. Delaunay vollzog nun die von ihm beabsichtigte Heirath, und erkannte im Ehevertrage wiederholt das von der Millet geborene Mädchen als seine Tochter an. Im Jahr 1841 starb er, und einige Jahre darauf ging seine Wittwe eine zweite Ehe ein. Gleichwohl beließ ihr der Familienrath die Vormundschaft über ihre Tochter Ambroisine. Nicht lange nachher traten Sillac-Delormais und seine Ehefrau mit einer Klage auf, worin sie den Ehevertrag, und die Ehe des Delaunay mit der Millet, so wie dessen Anerkennung der Ambroisine Millet für nichtig zu erklären baten. — Als Gründe der Nichtigkeit des Ehevertrags und der Ehe führten sie an, daß nach Art. 1108 und 146 C. c. nur solche einen Vertrag und eine Ehe abschließen können, welche fähig seien, eine Einwilligung zu ertheilen; daß aber Delaunay zur

---

*) Zachariä Band III. §. 451. Note 2. — Bei der Diskussion über die Wirkungen der Entmündigung schlug man die Bestimmung vor, daß ein wegen Gemüthsschwäche Entmündigter unfähig sei, eine Ehe einzugehen; der Vorschlag wurde aber unter Hinweisung auf Art. 146, wornach zu jeder Ehe eine gültige Einwilligung erforderlich sei, verworfen. (Locré, Legislation civ. t. IV., p. 451. *Fenet*, t. IX. p. 18. — *Duranton* (t. II. Nr. 27, welchem *Vazeille*, du Mariage t. I. Nr. 88., *Pezzani*, Empêchements du mariage, Nr. 150, 151. *Marcadé*, Eléments de droit civ. t. II. S. 109 folgen, betrachten wegen Art. 146, 502 die Entmündigung als ein zerstörendes Ehehinderniß. Der Grundsatz, daß Artikel 184 keine ausdehnende Interpretation zulasse, ist in einer Menge von Erkenntnissen gleichmäßig festgehalten worden (*Sirey* 1839 I. p. 522, 826, II. 256, 1841 I. p. 872.), und wird vertheidigt von *Duranton* II. Nr. 33, und *Troplong*, in einer Dissertation in der Revue de legislation tome 21., p. 53. Septemberheft des Jah. 1844, aber bekämpft von *Vazeille*, du Mariage t. I. p. 370 und *Magnin*, des Minorités t. I. Nr. 159. — Aus den Noten *Devilleneuves*.

D.

Zeit des Ehevertrags bereits entmündigt gewesen, somit die von ihm gegebene Einwilligung als nicht ertheilt anzusehen, und diese von ihm eingegangene Rechtshandlung nach Art. 502 kraft Gesetzes nichtig sei. — Die Nichtigkeit der Anerkennung der Ambroisine Millet aber begründeten sie durch die Nachweisung, daß zur Zeit der Geburt der letzteren das Gesuch auf Entmündigung des Delaunay schon gestellt, und diese kurze Zeit darauf auch erkannt worden; daher der Grund der Entmündigung als schon damals kundbar vorhanden anzunehmen sei. Artikel 503.

Die Klage wurde in allen Instanzen verworfen. Das Tribunal von Falaise, dessen Entscheidungsgründe in allen wesentlichen Punkten der königliche Gerichtshof von Caën wiederholte, erörterte die Klage in ihren drei Richtungen: und zwar

1) in Beziehung auf den Abschluß der Ehe selbst. Hier führte er aus, daß nicht alle Personen, sondern nur jene, welchen das Gesetz ausdrücklich die Befugniß dazu gegeben habe, das Recht hätten, die Gültigkeit einer Ehe anzufechten. Den Seitenverwandten stünde zwar, wenn sie ein Interesse an der Auflösung der Ehe hätten, ein solches Recht zu, aber nur allein in den im Art. 184 C. c. genannten Fällen. Eine Ausdehnung dieser Befugniß auf andere Fälle, — hier insbesondere auf den, wenn die Ehe von Jemanden im Zustande der Gemüthsschwäche, oder des Wahnsinns eingegangen worden sei, — erscheine um so weniger zulässig, als das Gesetz den Ehenichtigkeiten ein ganzes Kapitel in 23 Art. gewidmet, und alle Gründe, aus welchen, und alle Personen, von welchen eine Ehe angefochten werden dürfe, speciell aufgeführt habe, und man daher annehmen müsse, daß der Gesetzgeber auf erschöpfende Weise hiebei zu Werke gegangen sei. Die Unantastbarkeit des wichtigen Instituts der Ehe liege überdieß so sehr im öffentlichen Interesse, daß man schon aus diesem Grunde die Anfechtung einer geschlossenen Ehe beschränken, und nur allein in den gesetzlich bestimmten Fällen zulassen dürfe. — Unter die Fälle, in welchen der Art. 184 den Seitenverwandten eine Anfechtungsklage gestatte, gehöre der jetzt in Frage stehende nicht; die Kläger seien somit auch hiezu nicht berechtigt;

2) in Beziehung auf den Ehevertrag. Das Recht einen solchen abzuschließen, falle mit dem Rechte der Eingehung der Ehe selbst zusammen; und wer nicht die Befugniß habe, die Ehe selbst anzufechten, dem stehe auch das Recht nicht zu, den Ehevertrag anzugreifen. Der Ehevertrag selbst zeige aber auch durchaus keine Spur, daß dabei Jemand mitgewirkt habe, welcher seiner Sinne nicht vollkommen mächtig gewesen sei. Alle Bestimmungen darin seien vielmehr der gewöhnlichen Sitte gemäß, und nichts deute darauf hin, daß von Seite der Millet irgend etwas unternommen worden sei, um sich einen besonderen Vortheil zu verschaffen;

3) in Beziehung auf die Anerkennung der Ambroisine Millet. Delaunay habe die Tochter der Marie Luise Millet zweimal als sein Kind anerkannt. Das erstemal im Geburtsakt, und das zweitemal im Ehevertrage. Die letztere Anerkennung bilde einen integrirenden Theil des Ehevertrages selbst, und stehe und falle mit diesem. Die erstere sei der Entmündigung des Delaunay vorangegangen. Wenn man gleich annehmen müsse, daß der Grund der Entmündigung damals schon notorisch bekannt gewesen sei, so sei deßhalb die Ehe doch nicht unbedingt als nichtig anzusehen. Die Worte des Art. 503 stellten vielmehr die Zernichtung einer Handlung, wenn die Ursache der später erfolgten Entmündigung des Handelnden schon kundbar vorhanden war, in das Ermessen des Richters. Nun könne man aber gar nicht daran zweifeln, daß Delaunay wirklich der Vater des von der Millet geborenen Kindes sei; denn diese habe ihn bei sich aufgenommen, als er aus dem väterlichen Hause vertrieben worden sei, habe ihn genährt und gepflegt, sie sei eine Person von gutem Rufe, und außer mit Delaunay, mit keinem Manne in näheren Verhältnissen gestanden; die Kläger selbst hätten nicht gewagt, die Vaterschaft in Abrede zu ziehen, oder zu behaupten, daß die Anerkennung ein durch Betrug, List, Irrthum, oder Gewalt hervorgerufener Akt sei. Nach allen Verhältnissen erscheine daher diese Anerkennung als eine durch die Vernunft und die Moral gebotene Handlung, deren Aufrechthaltung Pflicht des Richters sei.

Der Cassationshof begründete die Verwerfung des bei ihm eingelegten Rechtsmittels auf folgende Weise:

1) Die Kläger hätten auf den Grund des Art. 174 C. c. gegen den Abschluß der Ehe des Delaunay und der Millet Einsprache erhoben. Diese Einsprache sei durch richterliches Urtheil verworfen worden, und da sie hiergegen kein Rechtsmittel ergriffen hätten, so habe dieses Erkenntniß die Rechtskraft beschritten. Die Abweisung der Klage auf Vernichtung der in Folge dieses Urtheils abgeschlossenen Ehe, erscheine daher nur als ein Vollzug des Urtheils selbst.

2) Die freie Zustimmung der Contrahenten sei eine wesentliche Bedingung jedes Vertrags. Dieser Grundsatz sei in Art. 1108 C. c. allgemein aufgestellt; und der in Art. 502 enthaltene Ausspruch, daß alle von einem Entmündigten nach dem die Entmündigung aussprechenden Urtheile eingegangenen Rechtshandlungen kraft Gesetzes nichtig seien, erscheine nur als eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, den auch in Beziehung auf den Abschluß einer Ehe Art. 146 wiederhole. Wenn nun gleichwohl Art. 174 eine Einsprache gegen eine Ehe, welche ein Wahnsinniger abschließen wolle, gestatte, deren unbedingte Verwerfung verfügt werden könne, so könne dieß nur dahin verstanden werden, daß ein solcher in lichten Zwischenräumen eine Ehe eingehen könne; ferner müsse man daraus folgern, daß eine solche Ehe nicht von Jedem, sondern nach Art. 180, 181 nur von dem, welcher im Zustande geistiger Unfreiheit gehandelt habe, angefochten werden könne. — Im übrigen Theile der E. Gründe werden Grundsätze wiederholt, welche das Tribunal bereits entwickelt hatte.

12. November 1844. Ottendorff.



